83°. 16. 1. 37

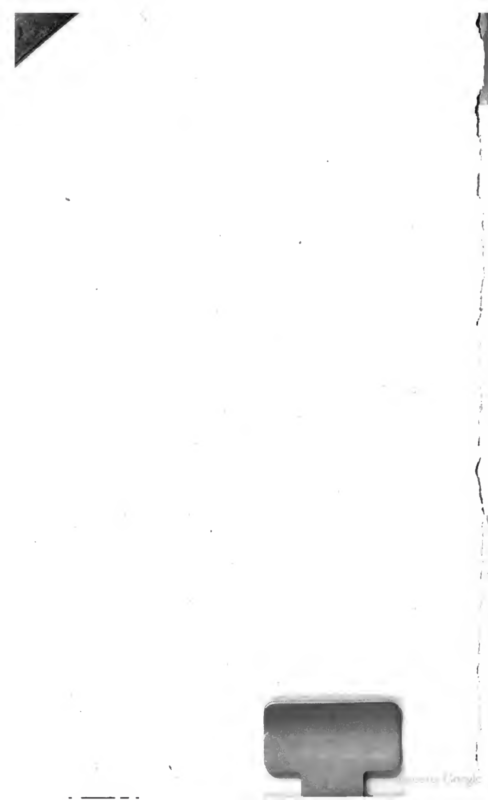
M. J. GOUDSMIT.

HET BEGRIP EN WEZEN

DER

KANSOVEREENKOMSTEN.

LEIDEN,
W. T. WERST.
(FIRMA: JAC^S. HAZENBERG, CORN^S. ZOON)
1871.



Digitized by Google

Digitized by Google

HET BEGRIP EN WEZEN DER KANSOVEREENKOMSTEN.

Digitized by Google

GEDRUKT BIJ J. J. GROEN, TE LEIDEN.

Digitized by Google

HET

BEGRIP EN WEZEN DER KANSOVEREENKOMSTEN.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN HET ROMEINSCH EN HEDENDAAGSCH RECHT,

AAN DE HOOGESCHOOL TE LEIDEN,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

Dr. L. W. E. RAUWENHOFF,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER GODGELEERDHEID,

OP DINSDAG DEN 13den JUNI 1871, DES NAMIDDAGS TE 3 UREN,

IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN

DOOR

MARINUS THEODORUS GOUDSMIT,

GEBOREN TE LEIDEN.

LEIDEN,

W. T. WERST,

(FIRMA: JACS. HAZENBERG, CORNS. ZOON)

1871.

Digitized by Google

Digitized by Google

Aan mijne Ouders.

Digitized by Google

VOORWOORD.

Op den 26sten Maart 1870 werd door de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Utrecht een prijsvraag uitgeschreven van dezen inhoud:

»Quid nostro jure hodierno statuendum est de negotiis aleatoriis? »Quaenam eorum sunt notae characteristicae quibus ab aliis nego»tiis distinguuntur? Quam vim habet natura aleatoria negotii »alicujus si de ejus effectibus quaeratur, sive juris civilis sive juris »mercatorii contractus spectemus?"

Mijne verhandeling had het geluk met goud te worden bekroond. Ik onderwerp ze thans, nagenoeg ongewijzigd, aan het oordeel van het publiek.

Vooraf een kort woord, een woord van dank aan allen die gedurende mijn akademietijd tot mijn vorming hebben bijgedragen.

Ik wend mij het eerst tot u, Vader, leermeester en vriend! Zoo ik de gevoelens moest neerschrijven die mij op den dag van heden bezielen, zoo ik u in woorden moest dank zeggen voor de liefde en opoffering, waarmede gij en mijn lieve moeder elke schrede op mijn nog korten levensweg hebt gesteund, dan zou ik uw bescheidenheid kwetsen. Gij weet wat er in mijn hart omgaat, gij vraagt niet woorden maar daden. Welnu, met uw voorbeeld voor oogen zal ik trachten

uw liefde waardig te blijven, u gelukkig te maken door naar het hoogere te streven. Gesteund door uw raad en bijstand treed ik met goeden moed de maatschappij in.

Naast mijnen vader komt u, hooggeleerde DE WAL en BUYS! een woord van warme erkentelijkheid toe. Aan uw vriendschappelijken omgang, gepaard aan uw voortreffelijk onderwijs, ben ik gedurende de laatste jaren menig aangenaam en nuttig uur verschuldigd. Onthoudt mij ook in het vervolg uw vriendschap en belangstelling niet.

Ook u, hooggeleerde FAURE en VISSERING! zij voor uw onderwijs dank gebracht.

De weinige lessen die ik van u, hoogggeleerde MODDERMAN! mocht ontvangen, zijn voldoende om mij te doen betreuren, dat het mij niet gegeven is gedurende een geruimeren tijd daarvan nut te trekken.

Aan u, mijne vrienden! roep ik een hartelijk vaarwel toe. Laat het einde van mijn academischen loopbaan niet dat onzer vriendschap zijn.

INHOUD.

Bladz.

INLEIDING.

Die Wirkung im Leben ist des Gesetzes Probestein.
Rudhart.

Een verblijdend verschijnsel kenmerkt ons modern verkeer. De enge banden waarin het geketend was, zijn gaandeweg verbroken; het canonieke recht heeft zijn invloed verloren, en losgemaakt van elke beperking, is ontwikkeling en vrijheid de leus van den wereldhandel.

Nog niet lang hebben die gezondere begrippen in wetgeving en rechtswetenschap gezegevierd, zeker niet lang genoeg om alle sporen der middeleeuwsche theoriën uit te wisschen. Wel heeft allengs het canonieke woekerdogma, dat bij elke overeenkomst den regel: »pecunia pecuniam parere non potest" op den voorgrond stelde, zijn alles overheerschenden invloed verloren, maar nog ligt het hier en daar in een schijnbaar onschuldig wetsartikel verscholen en oefent onzichtbaar zijne verderfelijke werking uit.

Die werking was eens niet gering. De leer van het zoogenaamde usurarium had zich niet bepaald tot het verbod om rente te nemen van geleend geld; zij had improductiviteit van het kapitaal en beperking van het krediet als beginsel aangenomen en waakte angstvallig tegen elke overschrijding der door haar vastgestelde grenzen. Het geheele verkeer moest zich aan haar onderwerpen en hare meerderheid erkennen, zij werd »der Typus einer eigenartigen, wirthschaftlichen Kulturepoche." (1)

(1) Endemann, das Wesen des Versicherungsgeschäftes, in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht D. IX, p. 314; van denzelfden schrijver: über die nationalökonomischen Grundsätze der Kanonisten, in Hildebrandt's Jahrbücher D. I § 9 env.

Trouwens, zij kon zich op een eerbiedwaardigen ouderdom beroepen. Had niet reeds Mozes aan zijn volk verkondigd: »Gij »zult aan uwen broeder niet woekeren met woeker van geld, »met woeker van spijze, met woeker van eenig ding waarmede »men woekert?" (1) Had niet de heidensche Aristoteles zich uitdrukkelijk tegen den woeker verzet? (2) Had niet een aantal romeinsche wetten dat »vetus foenebre malum" trachten te keeren? (3) Wat wonder, dat het canonieke recht met zijne gehechtheid aan de traditie, met zijne strenge verklaring van den Bijbel gretig gebruik maakte van de gelegenheid die zich zoo ter goeder ure aanbood, en in een zijner decretalien het nemen van rente tot doodzonde verklaarde (4)?

Maar gelukkig was het verkeer minder rechtzinnig. Te vergeefs trachtte het dogma het te omklemmen, te vergeefs beproefde het elke kiem van ontwikkeling met een bijbeltekst te smoren. Openlijk het woekerverbod te trotseeren en de kans te loopen, om bij mogelijke ontdekking met zware geldboeten te worden gestraft, daartoe ontbrak den meesten de moed. Men moest dus naar andere middelen uitzien en langs zijwegen het doel bereiken, waarnaar men streefde om nl. te ontkomen aan

---

(1) Deuter. III. 19. (2) Politie. L. I. c. 10.

(3) Vgl. over de geschiedenis der leges foenerariae en van den woeker bij de Romeinen: Sell, über das Verbot der Zinsen supra duplum oder ultra alterum tantum, in de Jahrbücher von Dr. Karl und Dr. Wilhelm Sell D. I No. 2 p. 13 env. Belangrijk is vooral Nov. 121 c. 2 waar bepaald is dat, zoodra de renten uit een kapitaal getrokken te zamen evenveel bedragen als het kapitaal zelf (d. i. in 20 jaar zoo er 5 pct. in 13 zoo er 8 pct., bedongen is) de uitleener geen renten meer trekken mag. Doet hij dit toch, dan strekken deze in mindering van het kapitaal en is derhalve, zoo zij nog eens het quantum der hoofdsom hebben bereikt (na 40 of 26 jaar) de leener van elke teruggave ontslagen.

(4) Corpus juris canonicum XIX 10 de usuris (5.19). Zelfs bij bodemerij. »Naviganti »vel ad nundinas eunti certam mutuans pecuniae quantitatem, pro eo quod suscipit »in se periculum recepturus aliquid ultra sortem usurarius est habendus."

Digitized by Google

de waakzaamheid eener leer, die elke uitbreiding van den handel als een ondoordringbare muur tegenhield (1).

De pogingen, daartoe aangewend gelukten; als met een tooverroede verrezen nieuwe overeenkomsten; het verkeer wrong zich in allerlei bochten en nam, als een Proteus, allerlei gedaanten aan. Zie daar b. v. een der oorzaken, waaraan de verzekering dadelijk na haar ontstaan een betrekkelijk groote mate van bloei te danken had. Hier immers, zeide men, kan de premie onmogelijk genoemd worden een vergoeding voor het gebruik van geleend kapitaal; reeds lex 5 D. de nautico foenore (XXII, 2) spreekt van periculi pretium; er kan dus plaats hebben een emtio venditio periculi. Veeleer derhalve dan een rente is datgene wat de verzekerde den verzekeraar betaalt slechts de prijs der kans, die de laatste loopt van aan den eerste de schade te moeten vergoeden, die hem door een onzeker ongeval zal treffen. Wel werden hier en daar nog bedenkingen gemaakt, wel werd van dat standpunt te recht aangevoerd dat men, door de verzekering als contractus licitus in het kader der overeenkomsten op te nemen, handelde tegen den regel: geld mag geen geld baren, maar de canon begreep dat hij op den duur niet bestand was in den strijd tegen het toenemend verkeer en wilde liever iets prijs geven dan alles verliezen.

Zoo was de eerste schrede op den weg der vrijheid gezet. Den ondernemenden koopman was de gelegenheid opengesteld om winst te maken en hij maakte er ruimschoots gebruik van. En toen zijn handel zich uitbreidde, en nadat eenmaal het beginsel: productiviteit van kapitaal zich baan gebroken had, zijn opgespaarde penningen hem rijke vruchten plachten af te werpen, toen

(1) Zoo ging het reeds bij de Romeinen. Tacitus (Annales VI cap. 16) klaagt, waar hij van den woeker spreekt: „multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae „toties repressae miras per artes rursus oriebantur."

begreep hij weldra, dat het gemis daarvan hem moest worden vergoed en dat het billijk was, dat hij deelde in de winsten die een ander met zijn geld maakte. Nam hij bovendien niet ook een gevaar op zich, het gevaar nam. van insolventie van den debiteur, wien hij krediet verleende? Was ook hier niet een gedeelte der rente periculi pretium? Nadat men zich dit denkbeeld duidelijk voor oogen had gesteld, was niets meer in staat den stroom, die eenmaal zijne bedding verlaten had in zijn loop te keeren. Het machtelooze dogma moest bukken voor de onwederstaanbare kracht waarmede het verkeer zich ontwikkelde, nog vóórdat de overtuigende drangredenen der nieuwere economische begrippen het den genadeslag toebrachten (1).

Maar geheel uitroeien liet het zich dadelijk nog niet; het was te zeer doorgedrongen in merg en been der middeleeuwsche wetenschap en practijk. Het onderscheid tusschen geoorloofde en ongeoorloofde overeenkomsten, in den zin van usurarius en non usurarius, bleef nog langen tijd behouden. Telkens als zich weder een nieuwe vorm van verkeer openbaarde, werd zorgvuldig onderzoek gedaan naar zijn natuur en zijne karakteristieke kenteekenen. Er werd gewikt en gewogen en onderzocht òf en in hoeverre hij naderde tot de verboden grenzen van den woeker. Van daar b. v. de angstvallige zorg waarmede men de verzekering trachtte te omschrijven, van daar de nuttelooze omhaal van woorden, waarmede Straccha en Santerna den naam van

(1) Hugo, civilistisches Magazin D. II No. 6 p. 133 env. Ueber Wucher und Wuchergesetze. Blackstone, commentaries on the Laws of England, D. II p. 512 env. wiens schoone woorden wel verdienen te worden aangehaald. „Thus in the „dark age of monkish superstition and civil tyranny when interest was laid under „a total interdict, commerce was also at its lowest age; but when men's mind „began to be more enlarged, when true religion and liberty revived, commerce grew „again into credit and again introduced with itself its inseparable companion, the „doctrine of loans upon interest".

het pas geboren kind, assecuratio, meenden te moeten verdedigen. (1) Bij welk contract sloot zij zich aan, was het erkend door het canonieke recht, waren de vragen die vóór alles moesten worden beantwoord. Wee haar zoo de overeenkomst niet paste in het bekrompen rechtssysteem. Elke bescherming en handhaving werd haar onthouden, allerlei hinderpalen werden haar in den weg gelegd en de handel, afgeschrikt door onoverkomelijke bezwaren, moest zich zonder haar behelpen.

Langzamerhand kwam ook in dien toestand verbetering, de ernstige beoefening der staathuishoudkunde droeg vooral daartoe het hare bij; de leer van het kapitaal onderging een geheele verandering. Geld een koopwaar, wier prijs evenals die van olie, graan of laken, afhankelijk is van vraag en aanbod, was het hoofdbeginsel dat zij onherroepelijk vaststelde. Het ongerijmde van de woekerleer kwam duidelijk aan het licht. Was hare afkeuring vroeger gegrond op de belemmeringen, die zij aan een vrij verkeer in den weg legde, thans brak ook de wetenschap over haar den staf. Tegen den aanval van twee zulke machtige bondgenooten als theorie en practijk, konde zij niet lang stand houden en weldra verloor zij, als dogma ten minste, de invloedrijke plaats, die zij zoolang bekleed had.

Met de oorzaak is ook het gevolg verdwenen. De handel is thans van alle banden ontslagen. Elke overeenkomst, mits niet strijdig met de openbare orde of goede zeden, vindt erkenning en wordt, als volkomen rechtsgeldig, met middelen tot hare handhaving voorzien. Wel blijft de wetenschap hare rechten behouden, wel onderzoekt zij nauwkeurig de natuur der verschillende contracten, en voegt de zoodanige bijeen, welke zij denkt

(1) Straccha, tractatus de assecuratione No. 2—8. Zijn zucht om de verzekering te wettigen, en zijn vrees dat de vreemde naam argwaan zou verwekken was zoo groot, dat hij de voorkeur gaf aan de omschrijving periculi pretium of emtio, of locare sive vendere aversione.

dat door dezelfde beginselen moeten worden beheerscht, maar de taak des wetgevers is een andere als die des rechtsleeraars. Zijn blik is slechts gericht op het dagelijksch leven. Zonder zich in te laten met een systematische verdeeling, die het verkeer slechts in zijn vrije uiting belemmeren zou, gaan de behoeften van den handel bij hem boven alles. Wars van alle spitsvondige onderscheidingen, vult hij zijn wetboek niet met doctrinaire bepalingen, maar met een open oog voor de belangen van het vertier, laat hij die overeenkomsten op elkander volgen, welke in de practijk aan gelijksoortige regelen zijn onderworpen en zonder zich om dogmata te bekommeren, behandelt hij genus en species naast en door elkander. (1)

In bijna alle Europeesche wetboeken van den nieuweren tijd is dit stelsel gehuldigd, met ééne algemeene uitzondering echter. Aan een bepaalde soort contracten, de kansovereenkomsten, is een afzonderlijke plaats ingeruimd. Sommigen zijn ontleend aan het burgerlijk, anderen aan het handelsrecht. Oogenschijnlijk door geheel verschillende regelen beheerscht, zijn zij onder denzelfden naam samengekoppeld, alsof de wetgever bij het vaststellen harer bepalingen door dezelfde leidende gedachte ware hezield. Wat zijn de karakteristieke kenteekenen aan allen gemeen? Waardoor onderscheiden zij zich van andere overeenkomsten? Heeft het oude middeleeuwsche standpunt, waarvan men bijna overal is afgeweken, hier wellicht nog eenige sporen achtergelaten?

Aan de beantwoording dezer vragen zijn de volgende bladzijden gewijd. Mijn doel is door te dringen in het wezen der aleatorische contracten, hun begrip te bepalen, hunne eigenaardigheden na te gaan, en de oorzaken op te sporen, die de wet-

(1) Vgl. Rudhart, Untersuchung über systematische Eintheilung und Stellung der Verträge für Doctrin und Legislation p. 175 env.

gevers van verschillende landen bewogen hebben, om overeenkomsten van zoo verschillenden aard onder éćne kategorie samen te vatten. Voordat ik echter daartoe overga, wil ik in weinige woorden aanwijzen, welke orde ik bij de behandeling van mijn onderwerp gemeend heb te moeten volgen.

In Hoofdstuk I handel ik over kansovereenkomsten in het algemeen, en splits dit in vier paragrafen, waarin ik de volgende onderwerpen zal ter sprake brengen:

§ 1. Definitie; kenmerkende eigenschappen, waardoor zij zich van anderen onderscheiden.

§ 2. Klassificatie.

§ 3. Overeenkomsten, die verschillende wetgevers onder dien algemeenen naam rangschikken.

§ 4. Hoofdverdeelingen.

In Hoofdstuk II wensch ik de werking der zoogenaamde aleatorische natuur in het burgerlijk recht na te gaan op elk der overeenkomsten, in de volgende afdeelingen genoemd:

Afd. I. De overeenkomst van spel en weddingschap.

Afd. II. De overeenkomst van koersverschil (Differenzgeschäft) en het premiecontract.

Afd. III. De overeenkomst van loterij en het Ausspiel-geschäft.

Afd. IV. De overeenkomst van lijfrente.

Afd. V. De overeenkomst van koop van toekomstige zaken.

Afd. VI. De overeenkomst van verzekering.

Afd. VII. De overeenkomst van bodemerij.

Eenige opmerkingen komen mij niet overbodig voor. Ik heb mij ten eerste niet kunnen bepalen tot de vier (of vijf?) kansovereenkomsten, die onze wetgever enuntiatief opnoemt. Toch moest ik mij tot de voornaamste beperken. Zoo was het b.v. noodzakelijk, om een tal van beursoperatien, die dank zij de

vindingrijkheid der speculanten, bij den dag toenemen, voorbij te gaan. Van allen koos ik het premiecontract en de overeenkomst van koersverschil (1), omdat zij het meest voorkomen en de type zijn van alle combinatien.

Ten tweede heb ik gemeend het Romeinsche recht niet te mogen veronachtzamen, vooral niet daar waar het van onze wetgeving afwijkende beginselen huldigt, of de bron is waaraan latere systemata hun ontstaan te danken hebben.

Hoofdstuk III heb ik gewijd aan de werking der aleatorische natuur in het strafrecht, om eindelijk in weinige regelen mijne beschouwingen te resumeeren.

Zal ons resultaat bevredigend zijn? zullen wij den wetgever den lof kunnen toezwaaien, dat hij zijne bepalingen zooveel mogelijk in overeenstemming gebracht heeft met de behoeften van het verkeer en de belangen van den handel? Na hetgeen wij eenige bladzijden vroeger aanmerkten, is dit à priori nauwelijks denkbaar. Maar al te dikwijls helaas! zullen wij er op moeten wijzen dat hij niet indachtig geweest is aan de groote les, die ik als motto voor mijne verhandeling koos: »Die Wirkung im »Leben ist des Gesetzes Probestein!"

(1) Ik geloof dat deze naam ons beter in de ooren zal klinken dan het duitsche Differenzgeschäft, en volkomen het begrip aanduidt. Ook van de zijde der grammatici zal niet licht eene bedenkiog worden gemaakt. Het is mij niet gelukt het woord Ausspielgeschäft door een goeden hollandschen term te vervangen; overeenkomst van nitspel verraadt te veel den germaanschen oorsprong.

Digitized by Google

HOOFDSTUK I.

OVER KANSOVEREENKOMSTEN IN HET ALGEMEEN.

§ 1.

Definitie. Kenmerkende eigenschappen, waardoor zij zich van andere contracten onderscheiden.

Het denkbeeld om de kansovereenkomsten als afzonderlijke kategorie in het rechtssysteem op te nemen, kwam bij de Romeinen niet op. Immers niet de materieele inhoud besliste over de rubriek, waaronder een bepaalde overeenkomst moest worden gerangschikt, maar veeleer de uiterlijke omstandigheid, de zoogenaamde causa civilis obligandi, die haar van een nudum pactum onderscheidde. Van daar, dat koop en mandaat, huur en vennootschap, verbruikleen en bewaargeving, die oogenschijnlijk niets met elkander gemeen hebben, tot dezelfde kategorien behooren.

Toch speelde ook bij hen de alea een belangrijke rol. Het woord zelf vinden wij op verschillende plaatsen vermeld (1) in de beteekenis, die wij thans aan het woord kans hechten, nl. een onzekere gebeurtenis waarvan voor een of voor beide partijen,

---

(1) o. a. L. 8 § 1 D. de contrahenda emtione (XVIII, 1); L. 7 D. (de hereditate vel actione vendita (XVIII, 4).

winst of verlies afhankelijk is (hasard, événement incertain, Glückszufall). Wij vinden in de Pandekten en den Codex een titel: de aleatoribus (D. XI, 5—C. III, 43), de nautico foenore (D. XXII, 2—C. IV, 33) en meer dan eens wordt er melding gemaakt van koop van toekomstige zaken (1). Dat ook weddingschappen in gebruik waren blijkt o. a. uit de L. 17 § 5 D. de praescriptis verbis (XIX, 5). Of de Romeinen ook de verzekering hebben gekend is een zeer betwiste vraag, wier behandeling wij uitstellen totdat wij in het tweede Hoofdstuk over verzekering in het bijzonder spreken.

Gaan wij thans over tot het hedendaagsch recht, het voornaamste voorwerp onzer beschouwing.

De zestiende titel van het derde boek van ons B. W. heeft tot opschrift: van kansovereenkomsten, en geeft van deze in art. 1811 de volgende definitie.

»Eene kansovereenkomst is eene handeling, waarvan de uit»komsten, met betrekking tot voordeel en nadeel, hetzij voor »alle de partijen, hetzij voor eenige derzelve van een onzekere »gebeurtenis afhangen."

De geschiedenis van ons artikel is eenvoudig maar leerrijk (2) Het ontwerp van 1820 sprak in de zesde afdeeling van den derden titel van het derde boek: »van de verschillende wijzigingen der overeenkomsten". Het splitste deze, op het voorbeeld van den Code civil, in unilaterale en bilaterale (art. 2329 O, 1102 en 1103 C. c.) Terwijl echter de Code de verdeeling in contrats commutatifs en aléatoires, evenals die in contrats de bienfaisance en à titre onéreux als hoofdverdeelingen aannam, splitste het

(1) O. a. L. 8 D. XVIII,1. L. 12 D. de actionibus emti et venditi (XIX,1) en in Pandekten en Codex een titel de hereditate vel actione vendita (D. XVIII,4—C.IV,39).

(2) Zie Voorduin d. V, p. 393 env.

ontwerp de bilaterale in vergeldende of verwisselende: »wanneer »de wederkeerige prestatien beschouwd worden als aan elkander »in waarde gelijk te staan" en in kanskontracten:" waarbij het »equivalent voor ieder der kontrakteerende partijen of voor eene »van beiden bestaat in de kans van winst of verlies van eene onzekere gebeurtenis afhangende." (1). Het ontwerp nam dus de definitie van art. 1104 C. c. over (2) maar voegde achter: »pour chacune des parties" de woorden: »of voor eene van beiden".

De wet van 1 Maart 1825 nam ons artikel niet op. Wel trok dit in eene der afdeelingen de aandacht en werd de reden daarvan gevraagd, maar men stelde zich tevreden met het antwoord der regeering, die het overbodig achtte »omdat de wet te deze »slechts van twee kanscontracten handelt, terwijl van verzekeringen en bodemerijen in het wetboek van koophandel zou »worden gehandeld." Wij onthouden ons bij het lezen van dit onbeduidend motief van critiek; zij is, geloof ik, overbodig.

Hetzelfde stelsel van onthouding volgde het B. W. van 1830 totdat de wet van 15 Juni 1833 (art 1) van hare voorgangers afweek »in de eerste plaats om te doen zien wat door kans»kontracten wordt verstaan en ten andere, om de voornaamsten »der kanskontracten aan te duiden en om, voor zooverre het »verzekeringskontract en de bodemerij betreft, naar het wetboek »van koophandel te verwijzen." (3)

Opmerking verdient, dat men de voorgestelde redactie: kans-

(1) Art. 2333. Zonderling is art. 2330, waar de unilaterale verdeeld worden in weldadige, en onereuse; »wanneer zij worden aangegaan tot vergoeding van eenig »wederkeerig, hetzij reeds genoten of nog te genieten voordeel." Het reeds genotene of nog te genieten voordeel heeft geen invloed op de gesloten overeenkomst, die daarvan geheel is afgescheiden, en kan het dus een unilateraal contract nooit onereus maken.

(2) »Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour »chacune des parties d'après un événement incertain."

(3) Alsof wij ze daar niet ook zonder verwijzing hadden gevonden!

overeenkomst is eene overeenkomst, veranderde in: kansovereenkomst is eene handeling. Of door het vermijden dezer tautologie werkelijk eene verbetering is aangebracht, meen ik met grond te mogen betwijfelen.

Zoo zag dan ons art. 1811 het levenslicht. Men verdenke echter onzen wetgever niet van oorspronkelijkheid; gelegenheid tot navolging ontbrak hem geenszins. Reeds wezen wij op art. 2333 O. 1820 en art. 1104. C. c. De fransche wetgever evenwel had geoordeeld, dat hij zich door het geven van ééne definitie nog niet verdienstelijk genoeg gemaakt had en schonk ons, toen hij tot de behandeling der contrats aléatoires als bijzondere soort van overeenkomsten overging, met kwistige hand een tweede in art. 1964 C. c.; zij luidde aldus. »Le contrat aléatoire est »une convention réciproque, dont les effets, quant aux avantages »et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une »ou plusieurs d'entre elles dépendent d'un événement incertain."

Het is bijkans ongeloofelijk, dat het mogelijk geweest is in één wetboek twee definitien op te nemen van een en dezelfde soort van overeenkomsten, die zulke belangrijke verschilpunten aanbieden. Terwijl bij de eerste gelet wordt op den tijd van het aangaan der overeenkomst, spreekt de tweede van: les effets (de uitkomsten); terwijl de eene vordert, dat er kans van winst en verlies besta voor beide partijen, stelt de andere matiger eischen, en acht het genoeg, als slechts voor één der partijen voordeel of nadeel van een onzekere gebeurtenis afhankelijk is. En men denke niet, dat deze afwijking vastgesteld werd na een langdurige en belangrijke discussie, waaruit wij haar strekking leeren en over de juistheid der motieven een oordeel vellen kunnen. Uit de Motifs et discours, prononcés lors de la pnblication du Code civil door de redenaars van den staatsraad en het tribunaat blijkt het volgende. De rédaction communiquée au tri-

bunat was een geheel andere en, niettegenstaande hare gebreken veel meer in overeenstemming met art. 1104. Elk der partijen moest zich volgens die redactie, verbonden hebben om iets te geven of te doen en als equivalent hebben ontvangen het mogelijk voordeel van een onzekere gebeurtenis (1). Maar toen het tribunaat opmerkte: »qu'il est évident que le contrat alé»atoire peut exister quoique l'une des parties ait reçu une somme »fixe; dat b. v. bij lijfrente slechts kans van winst of verlies »bestaat voor hem die de rente verschuldigd is terwijl: le prix »que le débiteur a reçu est une chose qui n'a rien d'incertain ou de »variable (!)" was men tegen deze argumenten niet opgewassen. »Ces considérations", lezen wij en benijden den korten duur der discussien in den staatsraad, »ont déterminé la section en faveur »d'une nouvelle rédaction" die dan ook in art. 1964 tot stand kwam. Uit alles blijkt, dat men niet op de hoogte was van het onderwerp dat men behandelde, en verklaarbaar is de besluiteloosheid van Portalis als hij gedwongen wordt te bekennen: »Dans »le plus grand nombre chacune des parties court un risque à »peu près égal" (2).

Deze is de geschiedenis en de oorsprong van art. 1964 C. c. De fransche wetgever heeft zich den onsterfelijken roem verworven door het geven van twee bepalingen een twistappel te hebben geworpen tusschen allen, die zich met de verklaring van zijn wetboek bezig hielden. De kwestie: is art. 1104 of art. 1964 C. c. het juiste, lost zich in deze op: Moeten, opdat een contract een kansovereenkomst zij, beide of slechts een van beide partijen de kans loopen van winst of verlies?

(1) Van mogelijk nadeel werd niet gesproken: l'avantage casuel d'un événement incertain.

(2) De code civil noemt vier kansovereenkomsten; le plus grand nombre is derhalve drie en onder deze moet dus behooren òf lijfrente òf verzekering waarover voornamelijk kwestie bestaat.

Terwijl ik tot de beantwoording dezer vraag wil overgaan, valt mij een uitdrukking van Toullier in het oog (1) die ons schijnt te waarschuwen, de twee veel besproken artikelen niet te zeer au sérieux te nemen. »Il ne faut pas", zegt hij, »chercher une exactitude rigoureuse dans ces deux définitions »qui sont de fort peu d'utilité dans la pratique." Met andere woorden, het onderzoek dat wij thans in het werk gaan stellen, is zonder praktisch belang. Zou het, zoo dit gevoelen juist ware, daarom overbodig zijn? Geenszins. Ons doel is door te dringen in den geest des wetgevers, en de gedachten te raden die hem bij het handhaven van een aantal overeenkomsten als bijzondere soort, hebben geleid. Daarvoor is het in de eerste plaats noodig, dat wij ons een juist denkbeeld vormen van die bijzondere eigenschappen, die de kanscontracten bij voorkeur kenmerken. Maar hoe is dit mogelijk zonder de definitie nauwkeurig te ontleden en aan een strenge critiek te onderwerpen? Wij volgen dus het voorbeeld van de meeste uitleggers van den Code civil waarvan sommigen voor art. 1104, anderen voor art. 1964 een lans braken (2). De strijd is bij ons in dezen vorm overgebracht: Handelde onze wetgever verstandig door bij voorkeur art. 1964 in zijn B. W. over te nemen? Die vraag is door Opzoomer en Lipman ontkennend, door Diephuis bevestigend beantwoord (3).

(1) Droit civil français D. III no. 20 (op art. 1104).

(2) Tot de aanhangers van art. 1104 behooren o. a.: Rogron, Code civil expliqué par des motifs, des exemples et par la jurisprudence, op art. 1964; Demolombe, Cours de droit civil D. XXIV p. 27 en v. Tot die van art. 1964: Troplong, Le droit civil expliqué, des contrats aléatoires no. 5; Duranton, Cours de droit français, D. VI p. 76 en v.; Paul Pont, Explication théorique et pratique du code Napoléon (continuation de Marcadé) D. I p. 262 en v.

(3) Opzoomer, Burgelijk wetboek D. II, op art. 1811; Lipman, Nederl. wetboeken, B. W. op T. 16 van B. III; Diephuis, Het Burgelijke wetboek, T. 16 van B. III. Bij hem schijnt zich aan te sluiten: de Pinto, B. W. op dit artikel. Zie ook Wiersma, in zijn voortreffelijk proefschrift over de natuur van den tijdkoop van openbare fondsen, p. 199.

Digitized by Google

Gaan wij thans de van weerszijde aangevoerde argumenten nauwkeurig na.

Dat bij de overeenkomst van spel en weddingschap voor beide partijen kans van winst en verlies bestaat, is natuurlijk nooit betwijfeld. De groote strijd bepaalde zich voornamelijk tot lijfrente en verzekering. (1).

Wat toch, zeide men, is bij beiden het geval? Hij, wien de lijfrente verschuldigd is, stort in eens een vaste som of staat een of meer bepaalde zaken af; als equivalent zal hij, op gezette tijden, tot aan zijn dood of dien van een derde, hoogere dan de gewone rente ontvangen. Sterft hij of degene op wiens lijf de rente gevestigd is spoedig, dan zal zijn debiteur winst maken omdat de zaak of het kapitaal dat hij ontving, niet veel in waarde verminderd is. Blijft daarentegen hij of de derde lang in leven, dan zal de rente langzamerhand het kapitaal hebben uitgeput, zonder dat de schuldenaar daarom van de betaling der rente is bevrijd; dus lijdt deze verlies. Er bestaat dns voor hem kans van voordeel of nadeel, afhankelijk van het leven van zijn crediteur of van een derde. Maar diezelfde kans bestaat niet voor hem die de rente trekt; hij gaf een vaste som of een bepaalde zaak, die onherroepelijk uit zijn vermogen is gegaan. Hetzij hij sterft, hetzij hij leven blijft, geen onzekere gebeurtenis zal hem ooit rijker of armer maken.

Hetzelfde, gaat men voort, geldt in gelijke mate van de verzekering. De verzekeraar ontvangt van den verzekerde een premie. Grijpt nu de onzekere gebeurtenis, waartegen deze meende zich te moeten verzekeren, plaats, dan zal hij een som hebben te betalen, die in geen verhouding staat tot het

(1) Troplong l. c. verdeelt de contrats aléatoires met het oog op art. 1104 in spel en weddingschap, met dat op art. 1964 in lijfrente, verzekering en bodemerij.

Digitized by Google

bedrag dat hij als equivalent van het gevaar, dat hij op zich nam, ontvangen of te vorderen heeft. Er is dus voor hem, verzekeraar, een kans van voordeel of nadeel afhankelijk van schipbreuk, brand, mislukking van den oogst en andere gebeurtenissen, waartegen verzekerd is. De verzekerde daarentegen betaalt in elk geval de premie. Vergaat het voorwerp, dan krijgt hij juist de waarde terug, maar wint niets, ja verliest altijd, want in plaats te ontvangen de geheele verzekerde som, moet daarvan de premie worden afgetrokken. Komt het daarentegen behouden aan, dan verliest hij steeds de premie, niets meer maar ook niets minder, en ook voor hem bestaat dus geen kans. Zoo redeneert men ook bij de bodemerij, waar alleen voor den geldschieter kans van voordeel of nadeel bestaat, niet voor den geldopnemer, die òf niets teruggeeft, maar dan ook schip en lading heeft verloren, of de bodemerijpenningen met de premie bij behouden aankomst terugbetaalt. Evenmin als de verzekerde kan hij dus ooit winnen.

Ik kan mij met deze meening niet vereenigen, en geloof dat men zich op een verkeerd standpunt plaatst. Men is verleid geworden door de woorden: gain ou perte, die (dit is helaas! de eenige lof dien wij onzen wetgever, met het oog op art. 1811 kunnen toezwaaien) te recht in voordeel en nadeel veranderd zijn. Men hechtte daaraan de beteekenis van vermeerdering en vermindering van vermogen, en dacht er niet aan, dat ook het niet lijden van schade winst is. Men vergeleek den toestand van den verzekerde bij verzekering, van den renteheffer bij lijfrente, van den geldopnemer bij bodemerij op het oogenblik dat het contract gesloten werd, met dien van het oogenblik waarop het ongeval had plaats gehad, en aan de bepalingen der overeenkomst was voldaan. Dan sloeg men een blik op hun vermogen en zeide: dit heeft geen vermeerdering

of vermindering ondergaan; het contract veroorzaakte winst noch verlies, derhalve is door hen geen kans geloopen. Maar vergelijken wij veeleer met elkander den toestand van twee personen, waarvan de een zijn schip tegen zeegevaar b.v. voor *f* 15,000 verzekerde, de ander niet. Beiden zijn *f* 100,000 rijk; hunne schepen vergaan, de verzekerde ontvangt *f* 15,000 min de premie, zijn lotgenoot niets, en terwijl de een nog altijd bijna *f* 100,000 rijk is, bepaalt zich het vermogen van den ander thans slechts tot *f* 85,000. Dat de verzekeraar kans liep van winst en verlies, merkten wij reeds aanstonds op. Doch ook de verzekerde is daaraan blootgesteld. Ware immers zijn schip behouden aangekomen, hij had de premie moeten betalen en dus verloren; nu de onzekere gebeurtenis plaats greep, is hij een zekere som rijker geworden dan indien hij niet verzekerd was, en heeft alzoo gewonnen. Treffend juist is dit uitgedrukt door Demolombe (1): 'T is niet de vraag, zegt hij, »si l'assuré gagne ou »ne gagne pas d'une manière absolue et indépendamment du »contrat d'assurance qu'il a fait, ni si son patrimoine se trouve »augmenté ou diminué; maar 't is de vraag: »si l'assuré ne »gagne pas contre l'assureur, par l'effet relatif du contrat qu'il »a fait avec lui, la somme réprésentative de la chose donnée". En daar is geen kwestie van, gaat hij voort; ware hij niet verzekerd, hij zou niets ontvangen, »et il l'a par le contrat d'assurance en »retour seulement des primes qu'il a payées." (2)

Volkomen hetzelfde geldt van bodemerij. Ware het contract niet gesloten, de geldopnemer zou bij ongeval niet alleen schip en lading missen, maar ook hunne waarde die hem nu, geheel of gedeeltelijk, door de bodemerijpenningen wordt vergoed.

---

(1) L. c. p. 28.

(2) Zie v. d. Loeff, Het assurantiecontract en het verzekerbaar belang, p. 35.

Hij kocht zich nu een kans; komt het schip aan, dan heeft hij met het geleende geld winst gemaakt en geeft dat met de premie aan den geldschieter terug; vergaat het daarentegen, zoo keert hij niets uit, maar is intusschen voor het bedrag van het geleende rijker geworden, dan indien hij geen geld had opgenomen.

Ook bij lijfrenten komt ditzelfde beginsel duidelijk aan het licht. De crediteur (1) komt niet toe met de gewone renten van zijn kapitaal, en zou dus gaandeweg daarvan moeten teren, totdat het eindelijk zou zijn uitgeput. Om dit te voorkomen, bedingt hij van iemand gedurende zijn leven een hoogere dan de gewone rente, en draagt als equivalent den eigendom van een bepaalde som of zaak op zijnen debiteur over. Sterft hij spoedig, zoo verliest hij of liever zijn vermogen, want hij ontdeed zich daarvan tegen een vergoeding die hij hoopte dat evenredig was en hij zou, als hij het contract niet gesloten had, daarover naar willekeur hebben kunnen beschikken. Leeft hij daarentegen zoolang dat, zoo de overeenkomst van lijfrente niet ware aangegaan, zijn kapitaal reeds lang verteerd en hij in armoede gedompeld zoude zijn, dan wint hij; voordeel of nadeel zijn dus ook voor hem afhankelijk van een onzekere gebeurtenis nl. zijn langer of korter leven.

Maar, zal men zeggen, gij hebt uw taak niet voleindigd. Gij hebt slechts bewezen, dat bij de kanscontracten, die de wet opnoemt, voor beide partijen kans van voordeel en nadeel bestaat. Art. 1811 B.W. en 1964 C.c. echter zijn enuntiatief; er kunnen dus nog kansovereenkomsten bestaan die de wet niet opnoemt, en bij welke slechts één van beide partijen voordeel trekken of

(1) Kortheidshalve noem ik hem, aan wien de rente verschuldigd is, crediteur, hem, die ze moet uitbetalen, debiteur.

Digitized by Google

nadeel lijden kan. Oogenschijnlijk is er een element van waarheid in deze redeneering, maar slaan wij haar aandachtig gade, zoo zullen wij deze bedenking gemakkelijk kunnen oplossen. Twee personen sluiten een bilateraal contract, dat door een onzekere gebeurtenis zóó beheerscht wordt, dat daarvan, laat ons een oogenblik stellen voor één van beide partijen, winst en verlies afhankelijk kan zijn. Beiden zijn dus tot praestatien verplicht. De onzekere gebeurtenis grijpt plaats, ten gevolge waarvan de een wint, maar ten wiens koste? of hij verliest, maar ten wiens voordeele? Ten laste of bate van een derde, vreemd aan en buiten deze overeenkomst staande? Natuurlijk niet, maar wel ten laste of bate van dengene, die door den nauwen band der overeenkomst aan hem verbonden is, en alzoo tot hem in rechtsbetrekking staat. Beide partijen zijn aan het toeval prijs gegeven, dat zij blindelings hebben te gehoorzamen, nu zij eenmaal hun onderlinge verhouding daarvan hebben afhankelijk gemaakt. Hier moet, om een banaal spreekwoord te gebruiken, noodzakelijk het brood van den een de dood van den ander zijn.

En zoo volgt hieruit van zelf, dat bij elke kansovereenkomst winst en verlies voor elk der partijen afhankelijk zijn van een onzekere gebeurtenis, en dat dus de keuze van onzen wetgever, toen hij de onjuiste bepaling van art. 1964 C. c. voortrok boven dat van art. 1104, afkeuring verdient.

Zoo deze slechts de eenige grief ware, die wij tegen art. 1811 konden aanvoeren! wij gelooven waarlijk geen gewaagde stelling te verdedigen, als wij beweren dat art. 1811 (en dus ook art. 1964 C. c.) tot de slechtst geredigeerde van onze geheele wetgeving behoort. Wij wezen reeds op het woord *handeling*, dat hier hoegenaamd geene beteekenis heeft, en dat ter wille der wellui-

dendheid en ter vermijding der herhaling van het woord: *overeenkomst* in de wet gebracht werd. (1) Alsof het den wetgever niet veeleer om duidelijkheid en nauwkeurigheid dan om sierlijke stijl en zoetvloeiende zinnen moest te doen zijn! Maar wij hebben grootere bezwaren. Volgens art. 1811 is bijna elke overeenkomst b. v. elk koop- of huurcontract, een kansovereenkomst. Iemand koopt b. v. tegen den naderenden winter een lading steenkolen met het doel ze weder te verkoopen. Intusschen wordt uit Engeland een groote voorraad aangebracht; hij moet dus voor minderen prijs verkoopen dan hij zelf betaalde, en lijdt schade. Of wel, er ontstaat plotseling door een verbod van invoer, gelijk in bijna elken oorlog behoefte gepaard aan gebrek; de prijs stijgt, en hij maakt winst. De uitkomsten van het koopcontract zijn dus met betrekking tot voordeel en nadeel, afhankelijk van eene onzekere gebeurtenis (nl. of er veel voorraad of gebrek, veel aanvraag of aanbod zal zijn). Ergo dit koopcontract is een kansovereenkomst. (2)

Het is minstgenomen bevreemdend, dat noch zij die zich met

---

(1) Vgl. ook art. 1349 B. W. waar men om dezelfde reden het fransche: „le „contrat est une convention" vertaalde door: „een overeenkomst is een handeling."

(2) Dezelfde fout begaat ook Arndts, Lehrbuch der Pandekten, § 236, p. 382 „Der Inhalt eines Schuldvertrages kann so beschaffen sein, dass es von ungewissen „Umständen abhängt, ob er im Erfolg einem Contrahenten Verlust oder Vortheil „bringe. Ein solcher Vertrag heisst ein gewagter Vertrag, Glücksvertrag." Zij is vermeden door Puchta, Pandekten p. 392: „Der Inhalt eines Vertrages kann einen „besonderen Charakter dadurch annehmen, dass dadurch Gewinn oder Verlust, je „nach der Gestaltung eines ungewissen Umstandes, nicht bloss eintreten kann „sondern beabsichtet wird. Dieser eigenthümliche Inhalt eines Vertrages heisst „Alea." Zoo ook Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 322, pag. 209; Bluntschli, Deutsches Privatrecht, D. II § 123; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht § 97, p. 292. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Zij allen drukken er juist op, door middel van het passivum afhängig gemacht wird, dat reeds bij het sluiten van het contract, met den wil der contrahenten, winst en verlies afhankelijk gemaakt worden van een onzekere gebeurtenis.

de verklaring van den code civil, noch zij die zich met die van ons B. W. bezighielden, op de door mij aangevoerde bezwaren zijn gestuit, en dat het tot 1868 duurde, eer Mr. Wiersma in zijn bovengemeld proefschrift daarop opmerkzaam maakte; overigens geloof ik genoegzaam te hebben aangetoond, dat de wetgevers bij het vaststellen van art. 1964 C. c. en 1811 B. W. met onverklaarbare lichtzinnigheid zijn te werk gegaan.

Toch kunnen zij één verzachtende omstandigheid aanvoeren en wel deze, dat de definitien èn van art. 1104 C. c. èn van 2333 O. 1820, èn van het Pruisische en Oostenrijksche wetboek bijna evenveel te wenschen overlaten. Wij zagen reeds dat het O. 1820, sprekende van de wijzigingen der overeenkomsten, deze verdeelde in unilaterale en bilaterale, en de laatste wederom in vergeldende of verwisselende en in kanscontracten. Wij zagen tevens, dat de bepaling die het van deze gaf, grootendeels overeenstemde met art. 1104 C. c. Ik heb ten eerste eene bedenking tegen de verdeeling in het algemeen. Waarom niet, op het voorbeeld van het fransche recht, consequent aan de definitie, alle contracten gesplitst in verwisselende en kanscontracten (commutatifs et aléatoires), in stede van daarvan te maken een onderverdeeling der bilaterale." (1) Na dat eenmaal als beginsel was aangenomen: er behoeft slechts kans te bestaan voor één van beide partijen, kan dit ook bij een unilaterale overeenkomst het geval, en deze dus kansovereenkomst zijn. Een reeder b. v. belooft zijne matrozen een buitengewoon loon voor het geval dat zijn schip, dat in nood verkeert zal worden gered; of wel, de

(1) Dit deed b. v. de Oostenrijksche wetgever, die nadat hij gezegd had: „Ein Vertrag wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vortheiles versprochen und angenommen wird, heisst Glücksvertrag," er consequent bijvoegde: „Er gehört zu den entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträgen, je nachdem etwas „dagegen versprochen wird oder nicht."

houder van een loterijbriefje belooft den verkooper daarvan of een derde een zekere som, als hij de gelukkige winner van den hoogsten prijs zal zijn.

Daarentegen kan ik mij niet vereenigen met de bedenking van Duranton (1), wanneer hij beweert, dat eigenlijk de contrats aléatoires een onderverdeeling uitmaken van de contrats commutatifs, en dus ook de kanscontracten van de vergeldende of verwisselende. Zijn dwaling is echter zeer vergefelijk, en spruit voort uit de onduidelijke definitie der contrats commutatifs. Wel is waar zijn bij beide soorten beide partijen tot een praestatie verplicht, maar het verschil ligt hierin, zooals Demolombe (2) zoo juist uitdrukt: »que dans le premier l'équivalent est fixé »par les parties elles-mêmes et n'est pas susceptible de varier, »tandisque dans le second cet équivalent n'est pas fixé par les »parties, et consiste dans la chance (alea) d'un événement in»certain, d'ou peut résulter pour l'une ou pour l'autre une »perte ou un bénéfice dont le chiffre est inconnu." (3)

Van de definitie van art. 2333 O. 1820 in het bijzonder hebben wij het overbodige der woorden »of voor een van beiden", reeds vroeger aangetoond. Voorts hebben wij in dit artikel en in het fransche 1104 de uitdrukking winst en verlies (gain et perte) gelaakt, omdat zij tot verwarring aanleiding geeft. Wij merken in de laatste plaats op, dat buiten beide bepalingen, zoowel buiten die van het ontwerp als die van den code in art. 1104, de overeenkomst van weddingschap valt. Haar karakter immers brengt niet zoo als wij in een volgend hoofdstuk nader zullen toelichten mede, dat de zaak waarover men wedt absoluut onzeker zij; zelfs eene

(1) L. c. p. 76.

(2) L. c. p. 26.

(3) Zie ook Troplong l. c. no. 6: »la chose reçue n'est que le prix d'un risque »couru par la personne qui reçoit; c'est le péril qui s'achète et se vend."

gebeurtenis uit het verledene kan de aanleiding zijn tot het aangaan der overeenkomst. (1)

Is misschien het Oostenrijksche Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch in de reeds genoemde § 1267 gelukkiger geweest? »Ein »Vertrag", zegt het, »wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen »Vortheiles versprochen und angenommen wird, ist ein Glücks»vertrag." De bedenking van Wilda (2) en Wiersma (3), dat dan ook een voorwaardelijke schenking in de rubriek der kansovereenkomsten vallen kan, is m. i. genoeg om deze definitie te veroordeelen. (4) Daarbij komt, dat verzekering en bodemerij geheel en al buiten deze bepaling vallen, omdat men niet zeggen kan, dat bij deze overeenkomsten »die Hoffnung eines noch ungewissen »Vortheiles versprochen wird".

Evenmin voldoet het Pruisische Landrecht (Erster Theil, eilfter Titel, sechster Abschnitt § 527): »Verabredungen, (zoo luidt het in de afdeeling die tot opschrift heeft: »von gewagten »Geschäften und ungewissen Erwartungen"), nach welchen eine »gewisse Sache oder ein bestimmter Preis, gegen die Hofnung »eines künftigen noch ungewissen Vortheiles, oder gegen Ueber»lassung künftiger Vortheile, die nach dem natürlichen und »gewöhnlichen Laufe der Dinge zwar zu erwarten, aber an sich »noch unbestimmt sind, versprochen oder gegeben wird, heissen »gewagte Verträge." (5) Volgens het stelsel van den Pruisischen wetgever mag er slechts kans van winst en verlies voor een van

(1) Zeer juist is dit ingezien door Heimbach in Weiske's Rechtslexicon, D. X s. v. Spiel und Wette; hij spreekt van een »für die Contrahenten jetzt un»entschiedenen Umstand."

(2) Zeitschrift für Deutsches Recht und Rechtswissenschaft D. VIII p. 200 en v.

(3) L. c. p. 198.

(4) Wij komen hierop aanstonds terug.

(5) Het Oostenr. wb. spreekt van Glücksverträge. Meestal verstaan de schrijvers daaronder de overeenkomst van spel en weddingschap.

de partijen bestaan, terwijl het equivalent eine gewisse Sache of ein bestimmter Preis moet zijn. Maar nu leze men § 139 van den vijfden titel: »Ist aber von beiden Seiten ein ge»wagtes Geschäft vorhanden, so muss der Vertrag allemal schriftlich »abgefasst werden." Om deze inconsequentie (1) weg te nemen, werd later door de Gesetz-Revisions Commission deze redactie voorgesteld: »Verträge wodurch Vortheile, die an sich oder ihrem Begriffe »nach ungewiss sind, gegen etwas gewisses oder gleichfalls un»gewisses versprochen wird, heissen gewagte Geschäfte." (2) Zij werd echter niet aangenomen. Behalve deze inconsequentie staat ons die Hoffnung eines noch ungewissen Vortheiles even als in het Oostenrijksche wetboek in den weg; te meer daar hier gesproken wordt van voordeelen, die naar den natuurlijken en gewonen loop van zaken kunnen worden verwacht. Het verbranden van een huis, het vergaan van een schip of de verwoesting van den oogst zijn gelukkig niet zoo dagelijks voorkomende gebeurtenissen.

Wetgeving en rechtswetenschap leveren ons dus slechts negatieve resultaten op (3). Toch behoort, geloof ik, een goede definitie niet tot de onmogelijkheden. Dat geene ons bevredigt schrijf ik daaraan toe, dat men steeds een verkeerden weg heeft ingeslagen; men stelde de bepaling op den voorgrond, en leidde

---

(1) Die aan Bornemann, Preussisches Civilrecht p. 105 is ontgaan.

(2) Vgl. Beseler, Deutsches Privatrecht, D. II p. 329 noot 1. Bijna dezelfde definitie geeft Mittermaier, Deutsches Privatrecht, D. II p. 72. Daarentegen v. d. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte, vierte Abhandlung, p. 327: „Verträge bei welchen das Recht des Promissars oder der Gegenstand desselben „vom Zufalle abhängt."

(3) Reeds Wilda l. c. klaagt: „In der Begriffsbestimmung herrscht aber keine „Uebereinstimmung, noch scheint es bisher gelungen eine zu finden die dem Wesen „aller hieher gehörigen Geschäfte entspricht. Bald ist sie zu eng, bald zu weit, „bald auch beides zugleich."

daaruit gevolgen af. Om niet in dezelfde fout te vervallen, wensch ik eerst na te gaan, welke de eigenschappen zijn die een kanscontract van alle andere overeenkomsten onderscheiden. Is het ons gelukt de punten van verschil duidelijk in het licht te stellen dan kan, dunkt mij, de definitie geen moeilijkheden meer baren. Wij gaan thans daartoe over.

Den mensch is de zucht tot wagen ingeboren. Hij weet dat hij door vlijt en spaarzaamheid in zijne behoeften zal kunnen voorzien. Hij berekent de voor en nadeelen die aan elk zijner ondernemingen verbonden zijn, en zoo niet door buitengewone en onvoorziene omstandigheden zijn hoop in duigen valt, zal hij zijne plannen verwezenlijkt zien. Maar niet altijd kan hij zijne hartstochten bedwingen, hij wil spoedig rijk zijn, in weelde zijne dagen doorbrengen, schitteren in zijn omgeving. Niet tevreden na vele jaren van arbeid een tamelijk vermogen te vergaderen, om op den ouden dag uit te rusten van de vermoeienissen des levens, wil hij schatten vergaderen in één oogenblik. De weg van bezadigde berekening en kalm overleg leidt te langzaam naar den eindpaal van zijn streven. De toekomst ligt in het duister verscholen; voor den een strooit zij rijke gaven uit, terwijl zij den ander vernietigt. Zoo komt in den menschelijken geest, al spoedig de gedachte op: zoo ik eens die onzekerheid aan mijne plannen dienstbaar maakte! Het is waar, ook mij kan zij in het verderf storten, de vrucht van jaren onvermoeide inspanning kan mij, door een gril van het toeval weder worden ontnomen, maar tegenover het gevaar staat de hoop die mij gouden bergen belooft. Waarom zal zij mij juist bedriegen? Waarom zou ik tot de ongelukkigen behooren? zoo wiegt hij zijn vrees in slaap, zoo treedt het gevaar op den achtergrond »eben weil neben derselben das reizende Glück

»wohnt; um den Kranz zu erringen scheut er den Abgrund »nicht welchen er zu überspringen hat" (1). De gelegenheid nu om veel te wagen en veel te winnen ontbreekt hem geenszins. Hij vindt onder zijne vrienden en bekenden menigeen van natuur even vreesachtig als hij moedig is, die siddert voor de onzekere toekomst gelijk hij daarvan alles verwacht. Spoedig stelt hij zich met hem in verbinding. Zoo de toekomst u zorgen baart, zegt hij, ik zal u daarvan ontslaan, gaarne wil ik het gevaar dat zij u brengen kan (2) voor mijne rekening nemen, u schadeloos stellen voor de grillen van het toeval en het onzekere voor u zeker maken, mits gij mij voor de kans van verlies die ik in uw plaats beloop, een evenredige vergoeding aanbiedt. Zoo bereikt hij zijn doel. Brengt de toekomst voorspoed, dan heeft hij veel, ja zeer veel gewonnen en gaf hij als equivalent iets wat thans denkbeeldig blijkt te zijn; brengt zij onheil, dan wordt hij geheel verpletterd door de macht van het noodlot. Te laat leert hij dan inzien dat hij door hartstocht en winstbejag verblind was, en dat zijn verlies te grooter is naarmate zijn winst aanzienlijker zou geweest zijn.

Soms ook ontmoet hij iemand die, met dezelfde gedachte als hij bezield, zijn heil verwacht van het wisselvallig rad van avontuur. Hij stelt zich met hem in verbinding en spiegelt hem droombeelden voor van overvloed en rijkdom. Wij zullen, zegt hij, ons vermogen of een deel daarvan tezamen leggen, en het aan het toeval ter beslissing overlaten wie van ons van het geheel de gelukkige eigenaar wezen zal; de toekomst is voor

(1) Rudhart l. c. p. 86.

(2) Men vergete niet dat dit ook kan bestaan in een lang leven zonder middelen van onderhond, »in der Differenz des wirklichen Lebensdaners von dem wahrscheinlichen". Vgl. Malss, Betrachtungen über einige Fragen des Versicherungsrechtes p. 26 env.

ons beiden even onzeker; tegenover het groote gevaar van verlies staat zoowel voor u als voor mij, de even groote kans van winst; zoo, wij gebruiken weder de schoone woorden van Rudhart, »versucht der Mensch das Geschick welches öfters, ohne allen »Kraftaufwand, das schönste Loos bereitet."

Maar nog andere hartstochten maken zich dikwijls van den mensch meester. Een vaste overtuiging omtrent een feit uit het verledene, het tegenwoordige of de toekomst heeft zich bij iemand gevestigd. Daar komt hij in aanraking met den een of ander in zijn omgeving, die even vast het tegendeel staande houdt. Welnu, zegt hij, voor elk van ons bestaat slechts een relatieve zekerheid, volgens u is dit, volgens mij het tegendeel waar. Wij zullen langs allerlei wegen trachten uit te vorschen, wie van ons het juiste gevoelen verdedigd heeft, en hij die ongelijk had, zal ten bate van den ander of een derde een zekere som of zaak verbeuren. Het voorstel wordt aangenomen. Door nadere inlichtingen ontstaat absolute zekerheid, en de gelukkige winner of een derde wordt ten koste van den verliezer verrijkt.

En nu is het, geloof ik, niet moeilijk om uit al deze schakeringen waarin zich de kans openbaart, een gevolgtrekking te maken. Wat is steeds de naaste grond, die partijen bewoog tot elkander in eenige rechtsbetrekking te treden? Nooit liberaliteit (1) maar veeleer de wil der overeenkomenden om op de onzekerheid te speculeeren. De beweegreden kan verschillend zijn, de wil der partijen is steeds op hetzelfde gericht, n. l. op de onzekerheid.

Daarin vind ik dus het eigenaardig kenmerk der kansovereenkomsten. In hoofdzaak derhalve vereenig ik mij met de definitie

(1) Daarom is een voorwaardelijke schenking geen kansovereenkomst, en kan ik mij geheel vereenigen met Rudhart, die van de aleatorische Verträge een onderverdeeling maakt der vergeltliche.

door Wiersma gegeven (1), maar niet verdedigd. Alleen wensch ik 1° de woorden of voor een der partijen weg te laten, 2° niet te spreken van den grond van verbindbaarheid, omdat deze uitdrukking te veel aan de oorzaak, de causa civilis obligandi, herinnert en ik met anderen het bestaan van deze in ons recht ontken, 3° een verandering te brengen in de laatste woorden zijner definitie, ten einde weddingschap en levensverzekering niet uit te sluiten (2). Ik bepaal dus de kansovereenkomsten in dier voege:

Kansovereenkomsten zijn de zoodanige, bij welke de overeenkomende partijen hare wederzijdsche praestatien afhankelijk maken van een volstrekt of betrekkelijk onzekere gebeurtenis.

---

§ 2.

Klassificatie.

Uit onze definitie, is zij juist, volgt, dat er wel degelijk een kenmerk bestaat, dat de kanscontracten van alle andere overeenkomsten onderscheidt. Het eigenaardige namelijk ligt in de bedoeling die de partijen aanleiding gaf, om zich tot elkander in rechtsbetrekking te stellen, en die aanleiding is tot een volstrekt of betrekkelijk onzekere gebeurtenis. Dat vele schrijvers faalden in hunne pogingen

(1) l. c. p. 198: „Een kansovereenkomst is de zoodanige, waarvan de grond van „verbindbaarheid voor beide of voor een der partijen ligt in een toekomstige, on„zekere gebeurtenis.

(2) Dikwijls immers is gevraagd, of men onder onzekere gebeurtenis ook te verstaan heeft de dies incertus quando, certus an. De dood is geen onzeker toeval en toch blijft levensverzekering een kansovereenkomst, omdat zij het door mij opgegeven kenmerk bezit. De woorden van art. 302 W. v. K.: „gedurende den tijd „bij de overeenkomst te bepalen", hebben aan dit dwaalbegrip hun oorsprong te danken.

om dit kenmerk te vinden, geloof ik, naast andere redenen, ook daaraan te moeten toeschrijven, dat zij, zooals b. v. Rudhart, te veel op den voorgrond stelden de kans van winst of verlies, die partijen door de onzekere gebeurtenis kan te beurt vallen of treffen. Te recht merkt Wilda l. c. op, dat bij de emtio spei veeleer de zucht om zeker te zijn tegen de grillen van het toeval dan winstbejag, het doel is der overeenkomst. Een even groote fout begingen onze wet en de fransche Code. Zij verwarden oorzaak en gevolg, zochten het eigenaardig kenmerk in de uitkomsten van het contract en gaven daarom een definitie, die op bijna alle overeenkomsten toepasselijk is. Hadden zij, zooals de meeste duitsche Romanisten, in plaats: van de woorden waarvan de uitkomsten afhangen, geschreven: waarvan de uitkomsten worden afhankelijk gemaakt, (abhängig gemacht), zij waren dichter bij de waarheid gekomen, zonder haar, zooals wij reeds zagen, geheel te bereiken.

De Oostenrijksche wetgever eindelijk verwarde een kanscontract met de overeenkomst onder een voorwaarde. Toch bestaat tusschen beiden een aanmerkelijk verschil dat met bewonderingswaardige helderheid door Paul Pont (1) in de volgende woorden is aangewezen: »Le contrat aleatoire", zegt hij, »s'accomplit inévita»blement, quel que soit l'événement, en ce qu'il est donné au hasard, »non pas de décider si le contrat aura son effet, mais seulement quel »sera son effet, tandis que dans l'engagement conditionnel le contrat »n'existe qu' autant que l'événement arrive, son effet étant suspendu »jusque là." Bij de voorwaardelijke overeenkomst bestaat slechts een kiem van verbintenis, wordt de voorwaarde niet vervuld, zij wordt in hare geboorte verstikt (2). Bij het kanscontract is

(1) l. c. p. 265.

(2) Treffend zegt v. Scheurl, Von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871 p. 122: »Das bedingte Rechtsverhältniss befindet sich in dem Zu-

Digitized by Google

de verbintenis niet door de onzekere gebeurtenis opgeschort, maar vindt veeleer daarin haren grond. Het plaats grijpen der gebeurtenis beslist alleen wie winner of verliezer zijn zal. Ik koop b. v. van een jager voor een bepaalde som wat hij op één dag schieten zal; al schiet hij niets, toch moet ik betalen. Zeg ik daarentegen: als gij een haas van de jacht te huis brengt, koop ik dien van u, en keert hij terug met ledigen zak, dan vervalt de geheele verbintenis (1): »le contrat (beter ware: l'obli»gation) n'aura jamais existé."

Zoo wij geslaagd zijn in onze poging, om het onderscheidend kenmerk der kansovereenkomsten te vinden, in den wil der partijen om te speculeeren op een volstrekt of betrekkelijk onzekere gebeurtenis, dan begrijpt men na een weinig nadenken, dat elke wederzijdsche overeenkomst, onder welken naam ook bekend, of in welken vorm ook aangegaan, door bijvoeging van dit kenmerk, in den door de wet bedoelden zin een kansovereenkomst worden kan. Heimbach, Wilda, Puchta, Sintenis, Arndts en anderen spreken dan ook van de alea als »eine »Modification des Inhaltes anderer gewöhnlicher Verträge." Reeds het romeinsche recht levert ons daarvan voorbeelden op. Zoo de L. 13 § 5 D. locati conducti (XIX, 2): een werkman neemt op zich een kostbaren steen in te zetten of uit te houwen; de onzekerheid of de steen bij de bewerking niet zal breken of beschadigd worden, geeft aanleiding tot bijvoeging der clausule, dat de werkman de risico dragen zal. Zie daar een locatio

»stande bestimmter Möglichkeit. Es gleicht sein Zustand ganz dem des concipirten, »nur noch nicht geborenen Kindes. Als das was es eigentlich sein soll ist es »noch nicht da, aber als etwas anders, woraus es dann durch den Eintritt der »Bedingung nur das wird, was es eigentlich sein soll."

(1) L. 8 § 1 de contrahenda emtione (XVIII, 1.)

conductio operarum met een alea (1). Zoo vinden wij in L. 7 § 15 D. de pactis (II, 14) in L 1 C. depositi vel contra (IV, 34) een alea bij depositum, in L. 1 de commodato (IV, 23) bij commodatum. In L 6 C de pigneraticia actione (IV, 24) treffen wij een alea bij het pignus aan, als nl. tusschen schuldeischer en schuldenaar is overeengekomen, dat, zoo het verpande voorwerp door een onvoorzien toeval verloren gaat, de schuldenaar tevens zal bevrijd zijn van de betaling der hoofdschuld. Eindelijk kan men hier bijvoegen het contractus antichreticus, in zooverre als de vruchten uit het verpande land te trekken het bedrag van de interessen der schuld waarvoor het pand gegeven is, kunnen te boven gaan (2). Wil men voorbeelden uit onzen tijd, men denke aan een maatschappij, die een fabriek exploiteerende een directeur aanstelt op een vast inkomen van *f* 2000 's jaars en 10 pct. van de zuivere eventueele winst; of wel, men sla het oog op art. 1164 van ons B. W. waar ter gelegenheid van boedelscheiding het lot beslissen kan. Alle dergelijke overeenkomsten zou men, naar een romeinsche terminologie kunnen noemen: mixta negotia cum alea. Trouwens al werd deze gemengde natuur ons niet door voorbeelden opgehelderd, zij volgde uit den aard der zaak. Bijna bij elke overeenkomst heerscht ten aanzien harer uitkomsten een grootere of kleinere mate van onzekerheid. De nauwkeurigste berekening, het fijnste overleg kan door de toekomst worden gelogenstraft. Zich daartegen te dekken, is het streven van een ieder, die zooveel mogelijk onafhankelijk wil wezen van de wisselvalligheden van het toeval.

---

(1) Troplong, l. c. no. 18.

(2) L. 11 § 1 de pignoribus (XX, 1; L 17 C de usuris (IV, 32): „Si ea lege „possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usu„rarum converteret, obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fruc„tuum proventum rescindi placita non possunt".

Men versta mij echter wel; er bestaat tusschen de eigenlijk gezegde kansovereenkomsten en de door de alea gewijzigde contracten een belangrijk verschil. Bij de eerste is de onzekerheid de eenige naaste grond; uitsluitend met het oog op haar verbinden zich de partijen jegens elkander. Bij de door kans gewijzigde overeenkomsten daarentegen is de onzekerheid slechts een wijzigend moment (modificirendes Nebenmoment). »Diesen Verträgen," zegt een duitsch schrijver, »liegen mithin zwei Causae zu Grunde, »einmal die specielle Vertragscausa und dann die causa der alea."(1) Doch dit verschil is geheel van wetenschappelijken aard, in de practijk zonder beteekenis en alleen belangrijk voor hem, die zich met het ontleden van een contracten-theorie bezig houdt. In een der volgende paragrafen komen wij hierop nader terug.

Overigens volgt uit het zoo even gezegde, dat wij den wetgever moeten laken, die na een bepaling van kanscontracten te hebben gegeven, dadelijk daarop laat volgen: Van dien aard zijn, en er dan eenigen opnoemt, terwijl wij in dit opzicht slechts lof kunnen toezwaaien aan het O. 1820 dat ze behandelde in de afdeeling: van de verschillende wijzigingen der overeenkomsten.

En nu een vraag die, geloof ik, na al het aangevoerde het nauwelijks meer is; nam. rechtvaardigt het door ons aangenomen kenmerk der kansovereenkomsten hare plaatsing in de wetboeken als een afzonderlijke kategorie, eene vraag daarvan afhankelijk of de wijzigingen, die een overeenkomst wegens hare aleatorische natuur ondergaat, niet voldoende haren grond vinden in den wil en de bedoeling der partijen.

---

(1) Krügelstein, über den begrifflichen Unterschied zwischen Spiel und Wette p. 2. Niet geheel juist; de wijziging is geheel ondergeschikt aan het hoofdcontract, de alea is meer causa der wijziging dan van het oorspronkelijk contract.

Noch onze wetgever noch de fransche kennen uitdrukkelijk en in het algemeen aan de kanscontracten bijzondere gevolgen toe. Het Pruisische Landrecht geeft van § 528—545 eenige »allgemeine Grundsätze" op, die echter òf alleen betrekking hebben op de emtio spei, òf omgekeerd regelen bevatten, die in het algemeen bij elke overeenkomst moeten worden in acht genomen. (1)

Het Oostenrijksche wb. stelt in § 1268 vast: »Bey Glücksverträgen findet das Rechtsmittel wegen die Verkürzung über »die Hälfte des Werthes nicht statt," en de Duitsche en Fransche schrijvers spreken dan ook van de uitsluiting der vernietiging ob laesionem bij aleatorische contracten. Maar ziet men niet dadelijk in, dat het hier niets anders geldt, als een gewone interpretatio voluntatis, en alzoo een dergelijk artikel geheel overbodig was? Wat toch wenschen de partijen? speculeeren op iets onzekers, iets onbepaalds. Tegenover de kans van groot verlies staat die van groote winst, en hoe nu kan hij, die er in toestemde om de wederkeerige praestatie van het toeval afhankelijk te maken, zich beklagen als dit zich tegen hem heeft gekeerd? (2)

De bewering vervolgens, dat bij kansovereenkomsten een door de wet gestelde rentemaat mag overschreden worden, is op zich zelf waar, maar wederom een uitvloeisel van de bedoeling der partijen, die de renten niet betalen als equivalent voor het gebruik van kapitaal, maar als den prijs van het gevaar, dat men vrijwillig op zich neemt.

Door niets is dus het stelsel van den franschen, pruisischen, oostenrijkschen en onzen wetgever gemotiveerd. Het eenige

(1) Zooals b. v. de bepaling van § 539 env. niets anders is als een uitvloeisel van den regel, dat elke overeenkomst te goeder trouw moet worden ten uitvoer gelegd.

(2) Bij ons kennen alleen art. 1164 en 1099 B. W. vernietiging ob laesionem.

eigenaardige verschijnsel, dat ons de kansovereenkomsten of de door kans gewijzigde contracten aanbieden is dit, dat er ongelijkheid kan, niet eens behoeft te bestaan in de wederkeerige praestaties der partijen. Die van de eene bepaalt zich dikwijls tot weinig, dikwijls tot niets, als equivalent van een zeer hooge praestatie van de andere. Maar deze eigenaardigheid is geheel zonder invloed op het wezen zelf der overeenkomst. Wat is, vragen wij, de verhouding der partijen tot elkander op het oogenblik dat zij de overeenkomst aangaan, niet op dat waarop de verbintenis wordt opgeheven. Sloten zij een huur, koop of leencontract? Dit alleen boezemt ons in een wetboek ten minste belang in, niet wie won of verloor, wie rijker of armer is geworden. Het resultaat is ons volmaakt onverschillig en hangt van willekeurig gemaakte bepalingen af.

Maar vooronderstellen wij eens, dat er rechtsregelen te vinden waren die alle kansovereenkomsten beheerschten, hoe zou men ze ooit in toepassing kunnen brengen daar, waar het contracten geldt van zoo verschillenden aard, waarvan sommige aan het burgerlijk, andere aan het handelsrecht zijn ontleend (1), waarvan sommige alleen zekerheid (2) andere alleen winstbejag beoogen? Zelden zijn dan ook juister woorden geschreven dan door Beseler, als hij over deze verdeeling en hare gevolgen sprekende aldus eindigt: »Auch die neuere gemeinrechtliche Theorie hat sich »diese Eintheilung angeeignet, ohne sie jedoch für die Rechts-

---

(1) Zeer juist zegt Rndhart: wat in het handelsverkeer vrijheid heet, wordt in het burgerlijk verkeer teugelloosheid.

(2) Alleen aan de eerste soort denkt Portalis als hij zegt: „Quoi de plus légi„time que de mettre en commun nos craintes, nos espérances et toutes nos affections pour „ne pas abandonner au hasard ce qui peut être réglé par le conseil, et pour nous „aider mutuellement par des pactes, secourables à courir avec moins de danger les „diverses chances de la vie.?"

»wissenschaft fruchtbar machen zu können. Denn es werden »darunter so verschiedenartige Geschäfte befasst, dass die all»gemeinen Grundsätze, welche für dieselben aufgestellt werden, »ohne rechtliche Bedeutung sind oder im Einzelnen nicht immer »zutreffend erscheinen." (1)

Indien wij dus hebben aangetoond, dat het stelsel van den wetgever, die van kansovereenkomsten een afzonderlijke soort contracten maakt, van een zuiver juridisch standpunt niet kan worden verdedigd, zoo blijft nog steeds de vraag, die ons in de laatste plaats ter beantwoording overblijft: Hebben misschien de thans verouderde begrippen der middeleeuwen bij de kansovereenkomsten de laatste sporen van hun invloed achtergelaten?

Met opzet hebben wij in onze inleiding eenigszins langer bij de woekerleer stilgestaan. Wij hebben in groote trekken haar ontwikkeling geschetst, wij hebben haar nagegaan in haar opkomst, haar bloei, haar verval; wij hebben er op gewezen dat de regel: »pecunia pecuniam parere non potest" het geheele verkeer beheerschte en bovenal beperkte. Geen contract ontsnapte aan hare Argusoogen. Eerst moest de bodemerij, met hare gevaarlijke strekking om kapitalen vruchtbaar te maken, worden verwijderd. Van daar dat paus Gregorius IX zich in 1236 haastte, het reeds genoemde decretale naviganti af te kondigen, waarbij hij het nemen van rente onvoorwaardelijk verbood en hem, die zich daaraan schuldig maakte, aan de strengheid der wetten en de algemeene verachting prijs gaf. »Usurarius est »habendus," klonk hem als een scheldwoord in de ooren. Toen kwam de verzekering. Lang, zeer lang aarzelde het dogma haar in het kader der geoorloofde contracten op te nemen; voet voor

(1) Beseler, l. c. p. 359.

voet werd het grondgebied betwist, dat het langzamerhand moest prijs geven. Met den nederlaag bedreigd, ging het capituleeren, doch niet zonder goede voorwaarden en een eervollen aftocht te bedingen. De verzekering moest blijven een indemniteits-contract in de strengste beteekenis van het woord, niet het middel om kapitalen productief te maken of aan de waakzaamheid der woekerwetten te ontsnappen. Dat karakter heeft zij, met hare oudere zuster de bodemerij, tot heden behouden. Nog altijd stellen wetgeving en rechtswetenschap alles in het werk, om beiden binnen hare oorspronkelijke grenzen te beperken. Angstvallig waken zij tegen ontaarding harer bestemming, en menige beperkende bepaling, die het verkeer met een ijzeren gordel beklemt en benauwt, heeft, zooals wij later zullen zien, aan dit stelsel haar bestaan te danken. En inderdaad, van het standpunt der woekerleer bestaat grond tot voorzichtigheid. Slechts één schrede ligt er tusschen vergoeding van schade en winstbejag; en beiden hebben in de practijk meer dan eens het gewaagd dien eenen stap te doen.

Datzelfde zoogenaamd gevaarlijke karakter schijnt ook de overeenkomst van lijfrente te dragen. Zij dagteekent, ten minste in den vorm waarin wij haar thans kennen, van den tijd dat het canonieke woekerdogma zijn invloed reeds grootendeels verloren had. (1) Zij treedt daar op den voorgrond »wo dem »Luxus der gewöhnliche Ertrag des Capitals nicht genügt." (2) Zij gaat uit van de gedachte après moi le déluge, zij treedt dikwijls het beginsel van liefde tot den naaste met de voeten. (3).

(1) Als finantieele maatregel in Frankrijk onder Lodewijk XIII; eerst van 1696 dateert de eerste tontine, genoemd naar Lorenzo Tonti, in Engeland van den tijd van Willem III en Anna. Frederik III van Brandenburg stelde in 1696 een reglement over lijfrenten vast. Zie Ludwig Rückert, der Leibrentenvertrag p. 5.

(2) Rückert l. c.

(3) Zie o. a. Toullier, l. c. no. 20, noot 3 »ce dernier (le contract de rente

Voorwaar, zoo zij eenige eeuwen vroeger het levenslicht had aanschouwd, het dogma zou tegen haar zijn zwaarsten banvloek hebben geslingerd!

En nu eindelijk spel en weddingschap. Wij zullen later ruimschoots de gelegenheid hebben, om over deze overeenkomsten te spreken. Wil men echter thans reeds zien hoe de middeleeuwsche theorie haar beschouwde, men leze de woorden van Hostiensis, (1) die zijne bezwaren in de volgende dichterlijke uiting formuleerde:

»Haec cum taxillis ludendo crimina fiunt:
Ecclesiae spretus (!), usuraque sive rapina
Scandala, tum nugae, blasphemia, tum faciendi
Furti doctrina, violentia crimina falsi;
Et mortis causa, deceptio, perditioque
Temporis, et desiderium corruptioque, junge
Hisce praedictis adulatio vitaque turpis."

Men beschouwde dus spel en weddingschap niet met een al te vriendelijken blik. Op het voetspoor der Romeinen weigerde men hardnekkig de bescherming van het recht aan die overeenkomsten, die men oordeelde, dat haar ontstaan te danken hadden aan onedele hartstochten der menschen, niet aan de behoeften van het verkeer.

Zoo wij dit een en ander op den voorgrond stellen, kan ons de oor-

---

»viagère) est le fruit d'un egoïsme parfait, qui se soucie peu de ce qui arrivera »après lui." Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil, D. IV. op Titel XII, du contrat de rente viagère: »Il favorise l'égoïsme et la paresse; il »offre à un homme les moyens de dévorer d'avance, ce qui devait fournir à la »subsistance d'une famille."

(1) Aangehaald bij Wiardus Wiardi, ad legem finalem Cod. de aleatoribus. Hostiensis is een der postglossatoren, die in 1275 stierf.

zaak, waarom de wetgever meende eenige contracten, die hij bij name noemde, als afzonderlijke soort onder den naam van kansovereenkomsten in zijn wetboek te moeten opnemen, van een economisch standpunt geene moeilijkheid meer opleveren. Hij rangschikte onder deze rubriek: 1°. die contracten, aan welke hij om hun karakter van winstbejag, en omdat zij hunne rechtvaardiging niet vinden in de eischen van een vrij verkeer, zijn bescherming weigerde, nl. spel en weddingschap, en voegde daarbij 2°. die overeenkomsten, welke, binnen hare natuurlijke grenzen beperkt, voldeden aan een alom gevoelde behoefte, en daarom door het recht moesten worden erkend, maar die, zoo hij niet hare uitspattingen belette, licht zouden ontaarden in een nutteloos spel en aan zijne waakzaamheid zouden ontsnappen (nl. bodemerij, verzekering en lijfrenten). Wij zullen, om niet in herhalingen te vervallen, over deze stelling niet uitweiden. Veeleer zal het ons streven zijn om, als wij in het tweede hoofdstuk elk contract afzonderlijk beschouwen, dit belangrijk, dikwijls stremmend economisch beginsel van elken wetgever, die van kanscontracten een bijzondere soort van overeenkomsten maakte, terug te vinden. Aan gelegenheid tot critiek zal het ons waarlijk niet ontbreken!

---

§ 3.

Overeenkomsten, die verschillende wetgevers onder den algemeenen naam van kansovereenkomsten rangschikken.

Nadat onze wetgever in art. 1811 B. W. en de fransche in art. 1964 C. c. de door ons besproken bepaling hebben gegeven, gaan zij aldus voort:

»Van dien aard zijn: De overeenkomst van verzekering — »Bodemerij — Lijfrenten — Spel en weddingschap. De beide »eersten worden bij het W. v. K. geregeld." (1)

Ook het Oostenrijksche wb. (§ 1270, § 1272, § 1288 en § 1292) noemt dezelfde contracten op, terwijl het Pruisische (§ 546, § 577, § 579, § 606) de bodemerij uitsluit. De reden dezer afwijking is mij onbekend; zeker is het dat zij, zooals wij zagen, met hetzelfde recht als de verzekering een plaats in deze rubriek verdient; waarschijnlijk is dit dan ook slechts aan een verzuim toe te schrijven, vooral daar § 546, wat de verzekering betreft, een eenvoudige verwijzing naar het Kaufmannsrecht inhoudt. (2)

In het voortreffelijk opstel van Endemann, dat wij reeds boven aanhaalden, vinden wij het aleatorisch karakter der verzekering op deze gronden betwist (3). Toen, zegt hij, het denkbeeld van associatie nog niet in de maatschappij was doorgedrongen, en dus een enkel persoon het gevaar van brand of schipbreuk, dat een ander treffen kon, tegen vergoeding op zich nam, bestond er werkelijk voor verzekeraar en verzekerde beide, een kans van groot verlies en groote winst. Zoo was de toestand gedurende de middeleeuwen. Maar het beginsel van vereeniging van personen en kapitalen drong door in het verkeer; de verzekering werd een bepaalde tak van handel. Groote maatschappijen namen de risico op zich, niet meer van een enkele maar van een tal van ondernemingen. Het wezen der verzekering onderging een geheele verandering; er werden statistieke tabel-

(1) »Tels sont: le contrat d'assurance — le prêt à grosse aventure — le jeu »et le pari — le contrat de rente viagère. Les deux premiers sont régis par les »lois maritimes."

(2) Zij geeft ons tevens de plaats op, waar wij daar de verzekering kunnen vinden nl.: Th. II, Tit. 8, Abschnitt 14 waar juist over bodemerij wordt gesproken.

(3) l. c. p. 515 env.

Digitized by Google

len gemaakt van het aantal ongevallen dat jaarlijks voorkwam, in verband met het aantal voorwerpen daaraan blootgesteld, in één woord, de waarschijnlijkheidsrekening, die in onzen tijd het toppunt harer ontwikkeling heeft bereikt, ontnam aan de verzekering hare aleatorische natuur. Voor wien immers bestaat kans van verlies? Voor den verzekeraar misschien? Gewis niet; de uitkomsten van elk der afzonderlijke verzekerings-contracten compenseeren elkander. Al brengt ook één geval winst of verlies, slechts op het eindresultaat komt het aan en dit steunt, gelijk elke handelsoperatie, op rationeele berekening. Voor den verzekerde? Evenmin. Maar, zal men zeggen, het is toch onzeker of hij ooit betaling zal ontvangen. Het antwoord daarop is eenvoudig dit: is hetzelfde niet bij vele andere overeenkomsten, b. v. bij alle voorwaardelijke, het geval? Wat wil trouwens de verzekerde? Wil hij betaling? Neen, hij wil slechts garantie voor een bepaalden tijd. Niet in het uitbetalen der verzekerde som, maar veeleer in de zekerheid, dat deze, casu quo zal worden uitgekeerd, bestaat de praestatie des verzekeraars. En wil men het bewijs van dit niet aleatorisch karakter? Men lette slechts op de premie, en vrage of zij aan vele wisselingen is blootgesteld. Wel kan zij, in gevaarlijke tijden gedurende een oorlog of anderszins aanmerkelijk hooger zijn, maar in den regel hangt zij, zooals de prijs van elke koopwaar van vraag, aanbod en concurrentie af. »Mithin" eindigt de schrijver, »soll man füglich die besondere Wagnissnatur, welche »nach den heutigen Zuständen unwahr ist ausser Spiel las»sen." (1)

Ja, had men haar buiten aanmerking gelaten! Het verkeer

(1) Zie ook Beseler, l. c. § 129, p. 360; Endemann, Das deutsche Handelsrecht. p. 341 n. 35.

had voorwaar vrijer geademd, zonder dat recht of zedelijkheid iets hadden geleden. Maar dat dit aleatorisch karakter bestaat, meen ik, zelfs na dit schijnbaar klemmend betoog, niet te mogen betwijfelen.

Wat toch heeft de schrijver bewezen? Immers niets anders als dit, dat men den verzekeraar, die daarvan zijn gewoon beroep maakt, ten onrechte zou rangschikken onder de zoogenaamde speculanten, dat wij hem ons vertrouwen en ons krediet niet mogen onthouden als aan een speler, omdat de verzekering, even als elke andere handelsonderneming steunen kan en gewoonlijk steunt op een redelijken en vasten grondslag. Dit alles bewees hij, doch wat behoorde hij te bewijzen? Dat de overeenkomst van verzekering ten onrechte gerangschikt wordt onder de aleatorische contracten. »Nicht", zegt hij, »ob irgend »ein einzelner Assecuranzvertrag zu Gewinn oder Verlust führt »entscheidet, sondern die Führung des Gesammtbetriebs." Doch waarover beslist deze? Alleen over moraliteit en kunde des verzekeraars. Maar wij hebben het recht meer te vorderen, het geldt thans niet de vraag, of de verzekering een soliede tak van handel is, die vaste winsten oplevert onafhankelijk van het toeval, dat door berekening wordt verwijderd, maar veeleer deze, welke plaats aan het of liever aan een verzekeringscontract in theorie moet worden toegekend. Op deze vraag kan het antwoord niet twijfelachtig zijn. Een speler, die avond aan avond de kaarten schudt en in esprit de jeu niet te veel voor zijne medespelers onderdoet, zal op het einde des jaars niet veel gewonnen en evenmin veel verloren hebben. Houdt daarom spel op een kanscontract te zijn? Wij hebben, in theorie ten minste, niet te doen met een reeks overeenkomsten, maar slechts met ééne; elk contract staat op zich zelf. De uitkomsten van de gecombineerde operatien des verzekeraars zijn voor hem die een

assurantiemaatschappij wil oprichten van het grootste, voor den jurist van geen belang. Stellen wij dit op den voorgrond, en vragen wij: kan het door ons aangenomen kenmerk bij de overeenkomst van verzekering worden teruggevonden, dan kunnen wij niet dan bevestigend antwoorden. Waarom verbinden partijen zich? Beide worden door denzelfden grond tot het aanknoopen eener rechtsbetrekking geleid. De verzekeraar, van zijn kant, denkt de premie te zullen winnen, zoo de kansen zich ten zijnen voordeele keeren: verklaren zij zich tegen hem, dan zal hij verliezen, ja zelfs veel meer, dan hij in het tegenovergestelde geval zou hebben gewonnen. De verzekerde, aan de andere zijde, wil zich waarborgen tegen de gevaren, die dreigen hem van een kleiner of grooter gedeelte van zijn vermogen te berooven. Grijpt het ongeval plaats dan, wij merkten het reeds vroeger op, wint hij; komen zijne goederen onbeschadigd aan, dan koesterde hij denkbeeldige vrees en betaalde de premie zonder materieel equivalent. De onzekerheid stelt beiden bloot aan de grillen van het toeval en is voor beiden de grond tot het aangaan der verbintenis. En nu zegge men niet: wanneer de verzekeraar op het einde des jaars zijn balans opmaakt, dan zult gij zien dat hij bijna evenveel zal gewonnen hebben, als hij dacht te winnen, omdat tegenover de groote sommen die hij moest uitbetalen, het gezamenlijk bedrag der premies staat, die hij van de reeders van behouden aangekomen schepen ontving, en die zijne uitgaven verre overtroffen. Evenmin late men zich verleiden door de bewering, dat ook de verzekerde, toen hij de overeenkomst aanging, zijne berekening op een goeden grondslag bouwde, omdat hij tegenover de thans noodeloos uitbetaalde premie, zoo dikwijls als het ongeval plaats greep, ruimschoots tegen een kleine vergoeding, werd schadeloos gesteld. De uitkomsten in het algemeen zijn ons volmaakt onverschillig. Waar

het voor ons op aankomt is, de verhouding te bepalen die ontstaat tusschen twee individus, één verzekeraar en één verzekerde naar aanleiding van ééne overeenkomst, niet tusschen den verzekeraar en een aantal personen, tegenover wie hij zich in verschillende van elkander onafhankelijke overeenkomsten verbindt.

Gaarne geven wij het overigens Endemann toe, dat de verzekering geen Wagniss of Spiel-charakter draagt; maar zoolang hij niet bewijst, dat de zucht om te wagen of te spelen het juiste onderscheidingsteeken der kanscontracten is, moeten wij hem het recht ontzeggen, om op grond van het gemis van dit kenmerk, aan de verzekering hare plaats onder deze rubriek te betwisten.

Ook tegen de aleatorische natuur der lijfrente zijn bedenkingen gemaakt. Men was het er over eens, dat zij tot de kanscontracten behoorde, indien er hoogere dan de gewone renten waren bedongen, maar beweerde dat men, zoo slechts gewone of zeer lage renten moesten worden uitbetaald, met een andere overeenkomst te doen had. Gaf derhalve, zeide men, A aan B een kapitaal van *f* 20,000 en ontving hij van dezen een jaarlijksche uitkeering van slechts 4% dan was deze overeenkomst een schenking, geen lijfrente (1). Mijns inziens hangt alles af van de bedoeling der partijen; blijkt duidelijk de animus donandi, dan hebben wij met een schenking sub modo te doen. Maar niet altijd is men alleen op grond der lage rente tot deze gevolgtrekking gerechtigd. Het is evenzeer mogelijk, dat iemand bevrijd wil zijn van de moeite, om zijn groot vermogen te administreeren, of gewaarborgd tegen de kans van daling der effecten of geldswaarde; dikwijls is hem dit zelfs buitengewone opofferingen waard. Wij zullen die handelwijze niet toejuichen als die van een verstandig financier, maar het geval is zeer denkbaar. Waar dus niet uitsluitend

(1) Zie o. a. Paul Pont, l. c. p. 337. Diephuis l. c. op art. 1812.

liberaliteit het doel is der overeenkomst, hebben wij met een lijfrente te doen. Trouwens het kenmerk der kanscontracten ontbreekt geenszins. De onzekerheid, tegen welke de crediteur zich wil waarborgen, gepaard aan de onzekerheid des debiteurs, of het hem verstrekte kapitaal wel altijd de te betalen rente zal opleveren, en hoe lang hij tot de betaling verplicht zal zijn, is, zelfs zoo het een mixtum negotium cum donatione geldt, de grond tot het aangaan der overeenkomst.

Door dezelfde regelen moeten worden beheerscht de uitdrukkelijk door het Pruisische Landrecht (§ 595) onder deze rubriek gerangschikte »Ankauf fortdauernder Prästationen" die ook met iemands leven of na verloop van een bepaalden tijd ophouden (1); verder het zoogenaamde Altentheil (§ 602), d. i. voordeelen, die de verkrijger van een landgoed aanwijst ter verzorging van den vorigen bezitter gedurende diens leven, en eindelijk »de weduwenfondsen, »tontines, maatschappijen van onderlinge levensverzekering en »andere dergelijke overeenkomsten op levens- en sterftekansen gegrond." (W. v. K. art 308), in het Pruisische Lr. onder den naam van Wittwen, Heiraths und Sterbekassen, in het Oostenr. wb. onder dien van gesellschaftliche Versorgungsanstalten genoemd. (§ 1287).

Moeten de emtio spei en de emtio rei speratae onder de kanscontracten worden gebracht? (2) Omtrent de eerste kan geen twijfel bestaan; de onzekerheid van den verkooper, of ooit het verkochte in rerum natura wezen zal, gepaard aan die van den kooper, of hij niet voor geringen prijs, eigenaar worden zal van zaken,

---

(1) Een voorbeeld bij ons is het koopen van een vruchtgebruik, op het grootboek ingeschreven.

(2) Pr. Lr. § 528 env. (emtio spei), § 582 env. (emtio rei speratae); Oostenr. wb. § 1275 env. Hoffnungskauf, waar als voorbeeld wordt opgegeven de verkoop van een aandeel in een bergwerk.

die veel grootere waarde hebben dan wat hij betaalde, is de grond tot het aangaan der overeenkomst. Niets wordt verkocht als de hoop; stelt zij den kooper geheel te leur, is zij ijdel geweest, hij heeft het zich zelf te wijten, dat hij zich aan de grillen van het toeval blootstelde. De overeenkomst is onafhankelijk van den uitslag: de visscher van wien men koopt, wat hij in zijn net zal ophalen, zal toch den koopprijs kunnen vorderen, al vangt hij ook geen enkel vischje. »Quasi alea emitur; emtio »enim contrahitur etiamsi nihil inciderit, quia spei emtio est." (1)

Iets anders moet gelden bij de emtio rei speratae, d. i. den verkoop van toekomstige zaken, zonder bepaling van getal, maat of gewicht. Opdat deze overeenkomst gevolg hebbe, is het noodig dat het verkochte werkelijk ontsta; hier wordt geen bloote hoop verkocht, maar een zaak, al zijn dan ook hoedanigheid en hoeveelheid onbepaald. Zonder zaak geen koopprijs en in dit opzicht is de emtio rei speratie eene voorwaardelijke overeenkomst. (2) Maar is het eenmaal zeker, dat het verkochte bestaat, al stellen kwantiteit en kwaliteit den kooper bitter te leur, of al overtreft het verre den betaalden prijs, dan hebben wij inderdaad met een kanscontract te doen. De onzekerheid des koopers, of hij niet voor een betrekkelijk kleine som een aantal voorwerpen van veel grootere waarde zal verkrijgen, die des verkoopers of hij niet een betrekkelijk hoogen prijs voor een in verhouding gering equivalent zal kunnen bedingen, is weder de grond tot het sluiten van het contract. (3)

---

(1) L. 8 § 1 D. de contrahenda emtione (XVIII, 1).

(2) L. 7 D. de hereditate vel actione vendita (XVIII, 4): »Qnum hereditatem »aliquis vendidit, debet esse hereditas nt sit emtio; nec enim alea emitur, nt in »venatione et similibus, sed res; quae si non est, non contrahitur emtio et ideo pre»tium eondicetur." (Pr. Lr. § 587).

(3) Vangerow en Opzoomer ontkennen de aleatorische natuur der emtio rei speratae. Natuurlijk. Immers zij vormen zich daarvan een verkeerd denkbeeld. »Zij

In de laatste plaats spreken het Pr. Lr. in § 547 env. en het Oostenr. wb. in § 1273 en § 1274 van het lot en onderscheiden zij twee soorten: de eigenlijk gezegde loterij, en de overeenkomst, waarbij twee of meer personen tusschen welke een ondeelbare of deelbare zaak gemeen is, het aan de beslissing van het lot overlaten, wie hunner van het geheel of een gedeelte daarvan uitsluitend eigenaar zijn zal. (1)

Wat de laatste betreft, meen ik dat het overbodig is er op te wijzen, dat zij te recht onder de kanscontracten is opgenomen. Voor alle partijen is de onzekerheid, aan wie de zaak zal te beurt vallen, en de hoop van ieder dat hij de gelukkige winner zijn zal, de grond tot het aangaan der overeenkomst. Maar ook bij de eigenlijk gezegde loterij treffen wij hetzelfde kenmerk aan. Niet alsof wij ons konden vereenigen met het gevoelen van Bender, (2) die ze voor een Glücksvertrag houdt: »weil Jemand gegen einen unbedingt zugesagten Geldbetrag »etwas unter einer zufälligen Bedingung verspricht," (deze meening, in hoofdzaak ook die van het Pr. Lr., bestreden wij reeds vroeger) maar veeleer omdat ook hier voor beide partijen onzekerheid bestaat. Immers, men maakt zich aan dezelfde fout als bij de verzekering schuldig, wanneer men alleen let op de uitkomst, en b. v. aldus redeneert: de staat, als ondernemer eener loterij, loopt geen kans van winst en verlies, want het bedrag van de prijzen, die hij moet uitkeeren, wordt opgewogen tegen ja zelfs overtroffen door de gezamenlijke premies van de koopers

---

»bestaat," zegt de laatste (l. c. p. 228), »in koop en verkoop van een onzekere zaak, »onder de bepaling, dat de prijs van de opbrengst geheel zal afhangen." Juist het omgekeerde is waar; opbrengst en prijs zijn geheel van elkander onafhankelijk: de eene is onzeker en hangt van het toeval af, de andere is zeker en aan geen vermindering blootgesteld.

(1) Een voorbeeld levert art. 1125 B. W.

(2) Archiv für civilistische Praxis, Beilagegeft zum 15ten Bande, die Lotterie.

van loterijbriefjes. Veeleer moet elk contract weder afzonderlijk worden beschouwd. De staat sluit met elken kooper deze overeenkomst: komt op uw lot dit bepaalde nommer, dan betaal ik u een prijs uit, die de mij als equivalent van uw kans gegeven premie verre overtreft; keert het toeval zich tegen u, dan betaal ik u niets. En zoo is weder, om dezelfde reden, voor beide partijen de onzekerheid de grond tot het sluiten van het contract.

Wij wilden in deze paragraaf alleen spreken van die kansovereenskomsten, die de wetgever onder deze rubriek uitdrukkelijk rangschikt. Wij laten dus de beursspeculatien voorloopig rusten en zullen, om niet in noodelooze herhalingen te vervallen, hare kansnatuur beschouwen in de tweede afdeeling van het volgende hoofdstuk, waar wij ze afzonderlijk behandelen.

---

§ 4.

Hoofdverdeelingen.

De meeste schrijvers, vooral de fransche, verdeelen, zooals wij reeds zagen, de kansovereenkomsten in die, waarbij slechts voor een der partijen kans van winst en verlies bestaat, zooals bij verzekering, bodemerij en lijfrente, (1) en die waarbij beide zijn blootgesteld aan de wisselvalligheden van het toeval, zooals en spel en weddingschap. Overbodig is het hierover uit te weiden, na datgene wat wij reeds in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk tegen deze klassificatie aanvoerden.

Alleen ééne opmerking naar aanleiding van het zonderlinge

(1) Troplong l. c. stelt verzekering en bodemerij tegenover spel, weddingschap en lijfrente. Pothier, traité du jeu, no. 2.

stelsel van Demolombe. Nadat hij zeer juist de meerdere voortreffelijkheid van art. 1104 boven art. 1964 C. c. heeft aangetoond, meent hij toch een concessie te moeten doen aan de tegenpartij en gaat aldus voort. Er is tusschen de onderscheidene aleatorische contracten een wezenlijk verschil; »c'est que certains contrats »aléatoires consistent uniquement dans la chance de gain ou de »perte comme le jeu et le pari, tandis que certains autres consis»tent dans des chances de cette nature, combinées avec un »avantage certain pour l'une ou l'autre des parties. Cette »distinction pourrait concilier les deux rédactions des art. 1104 »et 1964." (1)

Derhalve, een kans combiné avec un avantage certain. Een contradictio in adjecto. Een van beiden toch is waar; of er is een avantage certain, en dan kan er geen sprake zijn van een kans van verlies: of er is een kans van verlies, en dan is een avantage certain onmogelijk. Zooals de woorden dan ook hier geschreven zijn, hebben zij zin noch beteekenis, maar dringen wij eenigszins dieper door in de bedoeling des schrijvers, en vergelijken wij ze met die van anderen, dan zien wij dat ook hij overhelt tot de meening van hen, die een onderscheid willen maken tusschen spel en weddingschap aan den eenen, verzekering, bodemerij en lijfrente aan den anderen kant. Bij de eene soort, zeggen zij, is de kans slechts een wijziging, zij is niet het doel der overeenkomst, maar het werkelijk doel kan niet zonder haar worden verwezenlijkt. Daar tegenover staat, zooals Puchta zegt: (2) »Verträge bei denen »das Wagniss von Gewinn oder Verlust der einzig materielle »Zweck ist;" of, zooals anderen het uitdrukken: sommige kanscontracten hebben de eigenschappen van een gewone en rechtens erkende overeenkomst en zijn slechts door kans gewijzigd; bij

(1) l. c. p. 28.
(2) l. c. § 258, p 393; Vorlesungen, D. II p. 87.

andere is winst en verlies het eenige doel, de eenige grond tot het aangaan van het contract. (1)

Ook deze verdeeling berust m. i. op een valschen grondslag. Nemen wij de overeenkomst van verzekering. Is hier de kans alleen wijziging? Bestaat er een andere grond tot het sluiten der overeenkomst als de onzekerheid? Wordt de betrekking der partijen niet uitsluitend beheerscht door het toeval, en is het niet daarom, dat sommige aanhangers dezer leer, b. v. Windscheid, verzekering onder de eene, bodemerij onder de andere soort rangschikken? En toch, welk verschil ligt tusschen beiden in rechtsgevolgen naar aanleiding dezer verdeeling? Geen enkel; beiden zijn erkend en geoorloofd en worden door het recht beschermd.

Toch zijn de aanhangers van dit gevoelen dicht bij de waarheid. Het is werkelijk waar, dat bij sommige kanscontracten, zooals bij spel en weddingschap, het wagen, het overlaten aan het toeval om over winst en verlies te beschikken, het uitsluitende doel der overeenkomst is. Doch men stelle tegenover deze niet de door kans gewijzigde contracten. Verstandiger in dit opzicht handelt dan ook Windscheid (l. c.), wanneer hij zegt: ongeoorloofd zijn de kanscontracten, als partijen op de onzekerheid speculeeren alleen met het doel om winst te maken, om zich te verrijken; geoorloofd zijn: »diejenigen in welchen wenigstens eine der Parteien »ein berechtigtes Lebensinteresse erfolgt." Nog juister zegt Bluntschli (2), dat het eigenaardige der verzekering (en dus ook van bodemerij en lijfrente) daarin ligt, dat zij hebben: »ein »durchaus sittlichen Zweck, indem sie die äussere Gefahr des »Unglücks, welches einzelnen Betroffenen nieder zu drücken

(1) Heimbach l. c. Sintenis l. c. § 97, p. 294.

(2) l. c. p. 23.

»droht, auf eine grössere Verbindung verbreiten und mit ge-»meinsamer Kraft diesem die Last tragen helfen. Sie unterscheiden »sich dadurch von den Glücksverträgen."

Vatten wij het voorgaande samen, en vergelijken wij daarmede wat wij opmerkten op het einde der eerste paragraaf van dit hoofdstuk, waarin wij in het economisch stelsel van den wetgever den sleutel trachtten te vinden tot zijne beschouwing omtrent kansovereenkomsten, dan volgt daaruit, dat wij ons geheel kunnen vereenigen met het stelsel van Puchta en Bluntschi. Wij verdeelen nam. de kanscontracten in twee soorten waarvan de eene alle rechtsgevolgen heeft, de andere het dwangmiddel (de actie) mist, en dus door de wet niet als volkomen werkzaam wordt erkend. (Glücksverträge.) M. a. w.: wij verdeelen ze in de zoodanige, waarvan het eenig doel is winstbejag, en die, daar zij hunne rechtvaardiging niet vinden in de behoeften van het verkeer, als nutteloos soms zelfs schadelijk, van bijna alle gevolgen zijn verstoken, en diegene welke, hoewel de grond tot het aangaan der overeenkomst evenzeer de onzekerheid der partijen is, echter tot beweegreden hebben een zedelijke en geoorloofde zucht, om zich tegen toevallige onheilen of gevaren te waarborgen. Het verschil tusschen beiden ligt niet in het voorwerp der verbintenis, maar in de beweegreden.

Zoo hebben wij ons doel bereikt. Het was ons niet te doen om een spitsvondige onderscheiding zonder gevolg of werking, maar om eene verdeeling, die het practisch nuttige van het onnoodige en van het standpunt des wetgevers (1) schadelijke onderscheidt.

---

(1) Hoe wij zelf daarover denken, zal uit het volgende hoofdstuk blijken.

HOOFDSTUK II.

WERKING DER ALEATORISCHE NATUUR OP VERSCHILLENDE KANSOVEREENKOMSTEN IN HET BURGERLIJK RECHT.

Afdeeling 1.

De overeenkomst van spel en weddingschap.

Inleiding (romeinsch recht.) (1)

Wanneer wij de geschiedenis der wettelijke bepalingen omtrent spel en weddingschap in het romeinsche recht willen nagaan, moeten wij twee tijdperken onderscheiden, nl. vóór en na Hadrianus.

I. Bij de klassieke schrijvers vinden wij gewag gemaakt van een lex, die het hazardspel op straffe van het quadruplum van den inzet verbood (2). (Gedurende den tijd der Saturnalien had zij echter geen kracht (3)). Reeds Augustus echter schijnt, als wij Suetonius kunnen gelooven, den regel: »quod principi placuit, legis

(1) Vooral is het noodig het romeinsche recht hier te behandelen, daar het in een belangrijk opzicht van onze moderne beginselen verschilt (condictio indebiti).

(2) Plautus, Miles gloriosus 2.29 (lex talaria); Cicero Philippic. 2.23 (lege quae est de alea); Horatius, Od. 3. 24. 58. (malis vetita legibus alea); Asconius Pedianus, in Verrem II, 7.

(3) Martialis 4. 14—5. 84. Suet. Aug. 71.

Digitized by Google

»habet vigorem", van meer beteekenis te hebben gehouden dan de verbodswetten. Immers hij schrijft aan Tiberius, dat hij de Quinquatrus (1) genoegelijk heeft doorgebracht. »Lusimus enim »per omnes dies et forum aleatorium calfecimus. Ego perdidi »viginti millium nummos." Voor dien tijd werkelijk een aardige som.

Drie leges: Titia, Publicia, Cornelia stonden weddingschappen over geoorloofd spel toe. De tijd waarin zij zijn uitgevaardigd, hare werking en de wijze waarop zij in onbruik geraakten zijn niet bekend (2).

II. De vijfde titel van B. XI der Pandekten, en de 43ste van B. III van den Codex zijn geheel aan spel gewijd. De eerste bevat voornamelijk fragmenten van Paulus en Ulpianus ad edictum, door Justinianus in zijn wetboek overgenomen, de tweede eenige door hem zelf gemaakte constituties. Overigens had reeds een senatusconsultum het spelen om geld verboden, met uitzondering der ludi qui virtutis causa fiunt (3). Dat Justinianus een ongunstige meening omtrent spel was toegedaan, blijkt reeds uit den aanhef zijner constitutie in L. 3 C. h. t: »Quidam", zegt hij, »ludentes nec ludum scientes, sed numeratione tantum pro»prias substantias perdiderunt, die noctuque ludendo, argento, »apparatu lapidum, et auro. Daarvan komt alle kwaad," abiit in »lachrymas" (4). Slechts die spelen, die strekken om het lichaam te oefenen of te harden, zooals het springen, worstelen, met den speer werpen en andere, hebben nut en moeten door het recht worden beschermd. Men strekke echter het verbod

(1) Een feest ter eere van Minerva als uitvindster der kunsten, dat 5 dagen duurde en op den 5en dag na den Idus van Maart begon.

(2) L 3 D. de aleatoribus (XI. 5). Vgl. Walter, Geschichte des Röm. Rechts, § 800 p. 451; Rüdorff, röm. Rechtsgeschichte D. I p. 38; Cock, de alea in de annales acad. Rheno-Traj. 1817—1818 p. 37 en 38.

(3) L 2 D. h. t.

(4) L 3 C. h. t.

om voor geld te spelen en de daarmede gepaard gaande weigering van het dwangmiddel, niet tot in het belachelijke uit. Als men en famille aan een vroolijk diner zit, mag om de een of andere lekkernij wel worden gespeeld (1). Maar in het algemeen geeft het recht geen actie tot vordering van speelschulden, ja zelfs wat vrijwillig betaald is, kan men door een condictie terug eischen (2). Verliest de slaaf of filiusfamilias, zoo heeft de dominus of paterfamilias de condictio, gelijk een derde tegenover den dominus of paterfamilias de actio de peculio heeft, als hij aan een slaaf of filiusfamilias betaalde. (3) Ook de erfgenamen van den speler hebben de actie tot terugvordering, zonder dat deze aan de gewone praescriptio van 30 jaar is onderworpen. Stellen noch erfgenamen noch vreemden haar in, dan kan ook een derde dit doen, en zelfs is dit bepaaldelijk opgedragen aan den defensor van de plaats waar gespeeld is, die dan het geld aan nuttige werken zal moeten besteden. Vijf spelen echter zijn met name genoemd, die als ludi virtutis causa, van deze bepalingen zijn uitgezonderd, maar zelfs bij deze mogen rijke menschen bij eene samenkomst slechts één solidus verspelen (4).

Nog strenger dan de spelers behandelde het romeinsche recht de houders van speelhuizen (susceptores). Zij stonden in zekeren zin buiten de wet; wordt er gedurende het spel bij hen gestolen, worden zij mishandeld, de dader blijft straffeloos. Dat voorrecht echter genieten niet de spelers onderling. Berooven zij elkander, dan treft de actio furti den schuldige, »quamvis", zegt Ulpianus,

(1) L 4 pr. D. h. t. „Quod in convivio, vescendi causa ponitur, in eam rem „familiae ludere permittitur."

(2) L 1 C. h. t.

(3) L. 4 D. h. t.

(4) L 1 en 3 C. h. t. wellicht is het beter in de eerste Wet in plaats van: „quod „si plus lusum fuerit neque repetitio detur", te lezen: „neque petitio detur". L 2 C. h. t. houdt nog een afzonderlijk verbod in tegen de equi lignei.

»et hi indigni videantur". En niet alleen dat de actio furti den susceptor niet ten dienste staat, ook de condictio furtiva wordt hem ontzegd. Pomponius, die dit ontkent, wordt wederlegd door Ulpianus, die er te recht op wijst, dat de praetor in het algemeen spreekt: »si quid subtractum fuerit, judicium non »dabo." Het huis eindelijk, waar met equi lignei is gespeeld, zal worden verbeurd verklaard (1).

Omtrent overeenkomsten ter gelegenheid van spel aangegaan, wordt alleen uitdrukkelijk van een handschrift (Cautio) gesproken, dat van geen waarde is (2). Betwijfeld wordt de vraag of geld, ter dier gelegenheid geleend, kan worden teruggevorderd. Mijns inziens zijn er twee wetten, die tot de ontkennende beantwoording dezer vraag moeten leiden. In de eerste (L 12 § 11 mandati XVII, 1) vinden wij deze casuspositie: Een verkwistend jong mensch, wij zouden zeggen een bon vivant, zegt tot een zijner vrienden: mijn maitresse is op dit oogenblik slecht bij kas, wees gij haar borg. De ander neemt den last aan en heeft nu niet de mandati actio, »quia simile est »quasi perdituro pecuniam sciens credideris." Duidelijker kan het niet. Een analogie vinden wij nog in L 2 § 1 D. quarum rerum actio non datur (XLIV, 5). Iemand wil spelen en heeft gèen geld; nu verkoopt hij om toch te kunnen spelen, de eene of andere zaak en wordt later, als deze is uitgewonnen, door den kooper aangesproken ad praestandam evictionem. »Exceptione summovebitur actor." (3)

(1) L 1 D. h. t. L 2 en 3 C. h. t. Onwillekeurig denkt men aan de verbeurdverklaring in den Code P. van alles wat tot het spel diende.

(2) L 1 C. h. t.

(3) Sommigen beroepen zich ten onrechte op L. 7 D. de lege Pompeja de parricidiis (XLVIII, 5). Men kan toch spel geen scelus noemen dat met parricidium zou gelijk staan. Bovendien wordt daar gesproken van strafrechtelijke medeplichtigheid. Zoowel hem die het misdrijf pleegde als hem die tot het misdrijf aanzette, treft de poena parricidii.

De tegenstanders onzer meening voeren aan L. 3 D. § 6 de in rem verso (XV. 3), die echter niets bewijst. Er wordt gesproken van een slaaf, die geld heeft opgenomen, en voor zijn heer zalfjes koopt, of het hem geeft, om er zich mede te amuseeren, ja zelfs om er een schandelijk gebruik van te maken. Toch, zegt Labeo, is dit in rem domini versum. »Neque enim spectamus »an bono domini cesserit quod consumptum est, sed an in nego»tium domini". Men vergete echter niet dat bij de vorige wetten die wij aanhaalden, het woordje s c i e n s aan wordt getroffen. Hier daarentegen blijkt uit niets, dat hij, van wien de slaaf leende, iets wist van het gebruik dat van zijn geld zou worden gemaakt. In dit geval zou het alleronblillijkst geweest zijn, zoo hij de actio ex mutuo miste.

Om dezelfde reden kan ik mij niet vereenigen met de bedenking gemaakt op grond van L. 1 § 17 si quid in fraudem patroni (XXXVIII, 5). Een libertus heeft geld ter leen opgenomen om zijn patroon te benadeelen, m. a. w. om zijn eigen vermogen te verminderen ten nadeele van zijn patroon. De vraag ontstaat, of deze de actio Faviana kan instellen, om te doen vernietigen wat in fraudem suam geschied is, en met welk gevolg. Heeft de libertus, antwoordt Ulpianus, het geleende weggeschonken, dan kan de patroon den begiftigde met goed gevolg aanspreken; heeft hij het verteerd, zoo behoudt de uitleener de actio ex mutuo, want hij mag niet verliezen: »nec ei imputari »debet cur dedit." Ook hier blijkt niet, dat de mutuo dans wist, dat de libertus met zijn leening een ongeoorloofd doel beoogde. De stelling is derhalve niet gewaagd, dat in het romeinsche recht, willens en wetens voor spel geleend geld niet kan worden teruggevorderd.

Was de overeenkomst van spel binnen zeer enge grenzen beperkt, de weddingschap werd daarentegen als volkomen rechts-

geldig erkend. Men heeft dit betwist, vooral op grond van L. 3 D de aleatoribus (XI. 5). Men beweerde, dat alleen over geoorloofd spel een weddingschap kon worden aangegaan, en beriep zich tot staving dier meening op de woorden: »sed ex aliis, ubi pro »virtute certamen non fit, non licet" (sc. sponsionem facere). Men verloor uit het oog, dat in dezen titel bepaald en uitsluitend sprake is van ongeoorloofd spel, en nu zegt de jurist: evenmin als gij moogt spelen, moogt gij over spel wedden; geldt het echter een ludus virtutis, dan blijft het gewone recht van kracht en kunt gij met goed gevolg een sponsio aangaan. Bij aliis moet men dus ludis aanvullen.

Hoe onwaarschijnlijk het overigens is, dat de Romeinen het wedden zouden hebben verboden, blijkt reeds genoegzaam daaruit, dat de weddingschap bij hen, bijkans in dezelfde mate als thans in Engeland, in het dagelijksch leven was doorgedrongen (1). Ja zelfs werd gedurende een geruimen tijd hun proces in dien vorm gegoten. Het voeren van een geding immers per sponsionem vormde den overgang van de legis actiones tot de formulae.

Is het nu, vragen wij, waarschijnlijk, dat de Romeinen den vorm van het proces aan een ongeoorloofde overeenkomst zouden hebben ontleend? (2).

Eindelijk, zoo er na dit alles nog eenige twijfel overbleef, zoude L. 17 § 5 de praescriptis verbis (XIX 5) dezen geheel opheffen (3).

---

(1) Vgl. Livius B. XXXIX, 43; Cicero in Verrem III, 57 en 132; Gellius, Noctes atticae VII, 11. De weddingschap van Lutatius: ni vir bonus esset, is even bekend als die van onzen tijd, waarbij een wissel geaccepteerd werd betaalbaar op den dag, dat Sir Robert Peel op zou houden een eerlijk man te zijn.

(2) Vgl. de oratie van Cicero pro Quintio; Gajus IV, § 165 env.; von Keller, das römische Civilprocess, § 26.

(3) »Si quis sponsionis causa annulos acceperit neque reddit victori, praescriptis »verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici »et furti agi ex hac causa putat. Quemadmodum enim rei nomine, cujus neque

Vatten wij het voorgaande te zamen, zoo zien wij dat de overeenkomst van spel, behalve de ludi virtutis, bij de Romeinen was ongeoorloofd en van het dwangmiddel verstoken, dat het uit dien hoofde betaalde kon worden teruggevorderd, en alle overeenkomsten, bij gelegenheid van spel aangegaan, eveneens nietig waren; dat eindelijk de weddingschap door het recht was erkend en met middelen tot handhaving voorzien. Niet, gelijk Gans zegt (1), omdat het romeinsche recht niet op den inhoud, maar alleen op den vorm van erlaubte Stipulation let, want dit zelfde zou ook gelden van spel. Maar veeleer omdat de redenen, die Justinianus bewogen de eene overeenkomst van rechtsgevolgen te berooven, niet in even sterke mate bij de andere worden teruggevonden. Tot vloeken, twisten en een tal van misbruiken gaf alleen spel aanleiding en meer aan de gevolgen dan aan de oorzaak zijn de strenge bepalingen van den keizer te wijten. Wat wonder, zoo hij een overeenkomst, die tot dergelijke misbruiken nooit of zelden aanleiding gaf, uit een geheel ander oogpunt beschouwde en haar de bescherming van het recht waardig keurde (2).

---

§ 1.

Begrip van spel en weddingschap. Onderscheiding. Definitie.

Oorspronkelijk was het spel niets anders als uitspanning, waardoor, aan het door arbeid afgetobd lichaam, of den door

---

„possessionem, neque dominium victor habuit, furti aget? Plane si inhonesta causa „fuit, sui annuli dumtaxat repititio est."

(1) Beiträge zur Revision der Pr. Gesetzgebung, p. 166 env.

(2) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, D. XI, § 757; Heimbach l. c p. 393 env.; Wilda, l. c. D. II; Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts § 423 env.; Puchta, Pandekten p. 393 en Vorlesungen p. 88; Brinz, Lehrbuch der Pandekten, p. 433 env.; Arndts, l. c. p. 382 env.; Keller, Pandekten p. 455.

denken vermoeiden geest, verademing verschaft werd. In dien algemeenen zin valt het buiten onze beschouwingen.

Langzamerhand echter is men met dit doel van verstrooiing een nevendoel gaan verbinden. Om de spelers te prikkelen, en hun belangstelling in het spel te verhoogen, werd het gewoonte aan den overwinnaar een bepaalden prijs toe te kennen en toen deze allengs grootere proportiën aannam, werd de oorspronkelijke strekking, om zich te vermaken en den tijd te korten, op den achtergrond geschoven en was het veeleer de zucht om winst te maken die tot spelen uitlokte. Zoo ontstond de overeenkomst van spel. Toch kan ik mij niet vereenigen met Wilda, (1) die aan een zoodanige overeenkomst het eigenlijk karakter van spel ontzegt, op grond dat daarbij vermeerdering van vermogen, niet uitspanning het doel is. Immers, hoezeer ook het verlangen naar winst de spelers beheerscht, veelal zullen zij daarmede wel degelijk verbinden het doel om afleiding te vinden en den tijd te korten. De grootere kans van winst en verlies is dan slechts een middel tot meerdere opwekking.

Dit is zeker, welke beteekenis men ook aan spel hechte, steeds staat het in zekeren zin tegenover arbeid. Maar aan den anderen kant stemt het daarmede in een belangrijk opzicht overeen; beide namelijk houden het begrip in van een handeling. Evenmin toch als arbeid, is spel mogelijk zonder dat hij die speelt op den uitslag werkelijk invloed uitoefent. »Das eintreten »oder nicht eintreten jenes Thatumstandes hat überhaupt in »einer Thätigkeit der Interessenten seinen Grund." (2). Zoo b. v. bij billard- kegel- bal- of dobbelspel, bij schaak, whist enz. Sommigen (3) onderscheiden die handeling in een zuiver lichame-

(1) l. c. D. II. p. 139.
(2) Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren, p. 239.
(3) Krügelstein, l. c. p. 21.

lijke en een zoodanige, waartoe ook de geest medewerkt. Het komt mij voor, dat deze onderscheiding weinig vruchtbaar is, omdat in den regel aan de lichamelijke handeling een oefening van den geest voorafgaat. Immers, ook bij billard of kegelspel zal een geoefend speler geen stoot doen of zijn bal werpen, voordat hij nagedacht heeft over de richting waarin deze zich, zal hij een carambole maken of de kegels doen vallen, zal moeten voortbewegen. Zelfs bij het dobbelspel zal de dobbelaar nadenken, hoe de steenen te werpen en de roulettespeler op zijne wijze een soort van berekening maken. De lichamelijke handeling is in den regel de vrucht van meer of minder overleg.

Zonder een handeling is dus spel onmogelijk. Maar deze is natuurlijk niet willekeurig; zij is aan zekere regelen gebonden, die òf het uitvloeisel zijn van een opzettelijk gemaakt speelplan, òf van bij elk bijzonder spel bestaande vaste regelen, stilzwijgend door partijen aangenomen en als het ware door gewoonterecht bekrachtigd. Zij beweegt zich dus binnen bepaalde grenzen en hangt gedeeltelijk van het toeval, gedeeltelijk van de bekwaamheid der partijen af. Zij is aan geen tijd gebonden; hij, die bij de roulette eens op één nommer zet en zich dan verwijdert, speelt.

Spel dus onbestaanbaar zonder handeling der spelers.

Vinden wij hetzelfde kenmerk bij de weddingschap terug? Wanneer wij spreken van twee personen die wedden, zoo verbinden wij daaraan te gelijker tijd het denkbeeld van een strijd van meeningen. Wij stellen ons voor den geest twee menschen, waarvan de een dit, de ander juist het omgekeerde beweert. Om een einde te maken aan den twist, die gedurende een geruimen tijd zonder resultaat zou kunnen voortduren, belooft ieder van hen dat hij, wiens gevoelen onjuist blijkt te zijn, een bepaalde som of zaak zal verbeuren. Gewoonlijk is hier werking

der partijen op den uitslag onmogelijk; zij wordt zeker buitengesloten, als het geldt een verledene of tegenwoordige gebeurtenis. Maar al geldt het een toekomende, dan nog zal deze dikwijls onafhankelijk zijn van 's menschen toedoen, b. v. als over een aanstaand natuurverschijnsel of over de een of andere politieke omstandigheid verschil van meening ontstaat. Daar zich alzoo een weddingschap zonder een handeling der partijen denken laat, kan deze nooit haar essentiale zijn.

Men versta ons echter wel. Een weddingschap, wier uitslag geheel door een handeling der partijen beheerscht wordt, is zeer goed mogelijk. Wanneer iemand zich jegens een ander verbindt, om een bepaalde som of zaak te verbeuren, indien hij een breede sloot niet zal overspringen, om in het tegenovergestelde geval hetzelfde te ontvangen, dan hangt de geheele weddingschap van een handeling af, verricht door een van hen die wedden. (1) Maar dit alleen beweren wij, dat wat bij spel essentiale is, tot het begrip van weddingschap niet alleen niet behoort, maar zelfs dikwijls geheel en al ontbreekt.

Toch hebben velen het onderscheid tusschen beide overeenkomsten juist in het al of niet aanwezig zijn der handeling gezocht. (2) Vooral Thöl is een warm aanhanger van dit gevoelen. De overeenkomst, zegt hij, die Canning met een hertog aanging, dat hij, die op een bepaalden weg de meeste katten zou ontmoeten, van den ander 100 £ st. zou ontvangen, is een

(1) Thöl, l. c. p. 262.

(2) Vgl. o. a. Rudhart, l. c. p. 128: Bij spel, zegt hij, „sind Partheien „selbstthätig; sie benutzen das was ihnen das Schicksal an die Hand giebt durch „ihre Geschicklichkeit und Fertigkeit, so dass jener den Preis erhält welchen „Kunst und Glück zum Sieger bestimmen. Bei der Wette wird der ausgesetzte „Gewinn von dem behaupteten Ereignen oder nicht Ereignen eines Faktums, „welches ganz ausser der Willkühr der Partheien liegt, abhängig gemacht und ohne „Selbsttähtigkeit erwartet jeder was ihm der Zufall bescheren werde."

weddingschap. De overeenkomst van twee Engelschen, dat de een ten behoeve van den ander een bepaalde som zou verbeuren, naarmate van twee slakken, die zij aan elk der hoeken van den tafel hadden gezet, deze of gene het eerst de overzijde zou hebben bereikt, is een spel. Hadden zij daarentegen de slakken reeds op den tafel gevonden, en dus niet door het verrichten eener handeling op den uitslag gewerkt, dan hadden wij met een weddingschap te doen. »Die factische Verschiedenheit der Fälle »ist hier sehr unbedeutend." (1) Dit laatste geven wij den schrijver gaarne toe, en wij vinden het minst genomen zeer zonderling, dat op een dergelijke nietige omstandigheid een juridisch verschil zou gegrond zijn. Had, zegt Wilda zeer juist, een der Engelschen de slak een weinigje verschoven, dan was de weddingschap plotseling in een spel overgegaan (2). En wanneer wij nu ontwaren dat verschillende wetgevers, te beginnen met de romeinsche, aan spel alle rechtsgevolgen, aan weddingschap geen enkel hebben ontzegd, dan vragen wij ernstig wat te denken van een wetgever, die geleid door zulk een nietige onderscheiding, twee overeenkomsten uit een zoo verschillend oogpunt beschouwde.

Ik beken het, zegt Thöl, het verschil is niet groot, maar wijs mij dan een ander kenmerk aan. Welnu, dit kenmerk is gegeven; het ligt nl. in het motief. Wat immers gaat altijd aan de overeenkomst van weddingschap vooraf? Een geschil over de onjuistheid van de eene of andere meening, het uitspreken van tegenstrijdige beweringen. Om aan dien strijd een einde te maken en als het ware een straf voor betweterij op te leggen, komen de twistende partijen overeen dat hij, die blijken

---

(1) Thöl, l. c. p. 262.

(2) l. c. p. 208 env.; Wiersma, l. c. p. 257 env.

zal ongelijk te hebben, ten behoeve van de wederpartij of van een derde een zekere som of zaak zal verbeuren.

Passen wij dit toe op de door Thöl gegeven voorbeelden, dan zullen onze resultaten van de zijne werkelijk verschillen. Hebben de twee Engelschen vooraf getwist over de vraag, welke slak het eerst het einde zijner reis zal bereiken, dan is de daarop gevolgde overeenkomst een weddingschap. Was dit niet het geval, dan is zij geen weddingschap omdat geen geschil is voorafgegaan, geen spel omdat het essentiale, de handeling ontbreekt. Veeleer ware zij dan een kansovereenkomst sui generis. Men wane toch niet, dat met spel en weddingschap de eigenlijke Glücksverträge zijn uitgeput. Datgene wat wij onder weddingschap verstaan, is slechts een species van het genus sponsio. Reeds in de Pandekten vinden wij een aantal voorbeelden van stipulaties, bij welke de praestatie der partijen geheel afhankelijk gemaakt is van een toekomstige, onzekere gebeurtenis, bij welke onzekerheid de causa proxima, winstbejag de causa remota is. Men vergelijke b. v. de stipulatie, waarbij iemand centum millia bedingt, si rex Parthorum vivit, of wel: decem dare spondes, si quis in Capitolium adscenderit, of eindelijk: decem aureos das, si navis venit et Titius consul factus fuerit, en omgekeerd (1). Dat wij hier met geen spel te doen hebben, is duidelijk; dat evenmin de zucht om gelijk te hebben, de Rechthaberei, aanleiding gaf tot het sluiten der overeenkomst, evenzeer. Toch kunnen deze stipulaties met goed gevolg gerangschikt worden onder de eerste der twee soorten van kansovereenkomsten, waarin ik deze in een vorig hoofstuk verdeelde. In dit opzicht komen zij dus met de weddingschap overeen: zij zijn namelijk

(1) L. 37 de rebus creditis (XII, 1); L. 108, 129, de verborum obligationibus (XLV, 1).

verschillende species van hetzelfde genus. Met andere woorden: ook de weddingschap is een sponsio, die zich van de gewone slechts in zooverre onderscheidt, dat zij haar ontstaan te danken heeft aan tegenstrijdige beweringen (1).

Daarin ligt dus het eigenaardig kenmerk, niet, wij herhalen het, in het ontbreken van een handeling der partijen die den einduitslag te weeg brengt. Daarom is de overeenkomst van twee personen dat hij, die het laatst een zekeren weg zal hebben afgelegd, een som of zaak zal verbeuren, soms spel, soms weddingschap, naarmate zij al of niet strijdige beweringen omtrent de lengte van den weg of den waarschijnlijken duur der reis hebben volgehouden. Daarom is niet elke wedren een weddingschap. Daarom eindelijk is de overeenkomst, door Sintenis aangehaald, (2) waarbij twee schilders wederkeerig beloven, dat degene van hen, wiens schilderij over hetzelfde onderwerp het meest in den smaak van het publiek zal vallen, den ander twintig flesschen wijn zal geven, geen weddingschap, zoo niet tegenstrijdige beweringen omtrent elkanders talent tot de overeenkomst aanleiding gaven.

Het is niet te verwonderen, dat dit kenmerk dikwijls is miskend. Het spraakgebruik immers gaf tot verwarring aanleiding. Zoo sprak men van *wed*ren, al lokte ook geen uitgesproken verschil van meening tot de wedren uit. (3) Toch mag waar het een juridische onder-

(1) Vgl. Thöl, l. c. p. 264. Het verschil tusschen beiden komt voornamelijk uit, als men ze vergelijkt met de sponsiones in het romeinsche proces. Daar gaat steeds een geschil vooraf. Men denke aan het: si ex edicto praetoris bona Quintii possessa fuerint of aan het: si mihi possidenti a te vis facta fuerit, si tibi a me vis facta non fuerit, in de oratio pro Quintio, cap. XXVII en Gajus IV. § 166.

(2) l. c. p. 291. n. 74.

(3) Wij kunnen hier onzen wetgever den lof niet onthouden, dien hij in deze afdeeling zoo spaarzaam verdient. In art. 1826 zegt hij: "Onder de hier bovenstaande bepaling zijn echter niet begrepen de s p e l e n, die tot lichaamsoefening "dienen, als het schermen, wedloopen en dergelijke."

scheiding geldt, het taalgebruik ons niet leiden. Immers, zegt Wilda zeer te recht: »der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens kann »hier nicht entscheiden, da in demselben eine bestimmte Unter»scheidung zwischen Spiel und Wette fast ganz verloren gegangen »ist." (1)

Het door ons aangenomen onderscheid leidt tot belangrijke beschouwingen. Vooreerst wordt aldus volkomen verklaard het verschillend standpunt, waarvan sommige wetgevers bij de overeenkomsten van spel en weddingschap zijn uitgegaan. Wat aan de eene haar gevaarlijk karakter geeft, nl. de hartstocht, geprikkeld door de hoop op winst waarvan het groote bedrag zich dikwijls niet à priori laat bepalen, en de voornamelijk door hoog spel opgewekte agitatie treffen wij bij de weddingschap, in haar natuurlijke gedaante, zelden aan. Daar is de vastgewortelde overtuiging van elk der partijen hoofdzaak; de zucht om te winnen is slechts een ontaarding harer oorspronkelijke bedoeling, een ziekelijke uitwas. De inzet is gewoonlijk niet groot, hij dient niet altoos om den winner te verrijken, dikwijls toch komt hij in handen van een derde, b. v. een armeninrichting of eene andere liefdadige stichting, maar veeleer om den verliezer voor zijn koppig volhouden en zijne strijdzucht te straffen. Hij is, om een romeinschen term te bezigen, niets als een poena temere litigantium.

Men zal mij misschien van optimisme beschuldigen, en tegenwerpen, dat mijne redeneering volkomen juist is, waar het geldt een weddingschap, waartoe Rechthaberei aanleiding geeft, maar dat zij strijdt met de feiten, waar een weddingschap wordt aangegaan uit winstbejag. Wij geven dit volkomen toe en vereenigen ons geheel met hen, die van oordeel zijn dat

(1) l. c. p. 209.

spel en weddingschap door dezelfde beginselen moeten worden beheerscht; daarop komen wij later terug. Thans was het ons alleen te doen, om te verklaren welke beweegredenen sommige wetgevers hebben genoopt, beiden uit een verschillend oogpunt te beschouwen.

Laat ons thans overgaan tot de beantwoording der vraag: Kan een weddingschap op de een of andere wijze in spel overgaan? Drie meeningen zijn in dit opzicht verkondigd:

Sommigen beweren dat, zoodra gewed wordt over verboden spel, de weddingschap ophoudt dit te zijn en in spel verandert. (1) Zij beroepen zich op de reeds aangehaalde L. 3 D. de aleatoribus. Maar is het waar, dat een dergelijke weddingschap in zooverre met spel wordt gelijk gesteld, dat de wetgever haar de bescherming van het recht onwaardig keurt, kan men daarom zeggen dat zij spel wordt? Immers neen. Zoo er een kenmerk bestaat, dat de beide overeenkomsten streng van elkander onderscheidt, dan is het aanwezig zijn daarvan genoeg om hare ineensmelting te voorkomen. »Ein todter Canariënvogel," zegt Krügelstein zeer geestig, »ist kein gemeiner, deutscher Sperling; »er bleibt ein Canariënvogel, auch wenn er nicht mehr singt." Wat meer is, wij houden, tenzij een wet uitdrukkelijk het tegendeel vaststelt door haar het dwangmiddel te ontzeggen, een weddingschap over verboden spel volkomen van kracht. Zij is, men bedenke het wel, volstrekt niet contra bonos mores. Door een onzedelijke overeenkomst immers verstaat men de zoodanige, die òf uit haren aard tot onzedelijkheid uitlokt òf wier motief onzedelijk is. Er moet een turpis causa bestaan, hetzij aan de zijde des gevers, hetzij aan die des ontvangers, hetzij aan

1) Zie o. a. Heimbach, l. c. p. 416; Wilda, l. c. D. VIII, p. 219, 228 en 229; Sintenis, l. c. p. 276; Mühlenbruch, l. c. 1425.

die van beiden. Maar daarmede is nog niet gezegd, dat geen weddingschap mag worden aangegaan, die eenigermate met een onzedelijkheid in verband staat. Oefenen de partijen door hare overeenkomst invloed uit op het plaats grijpen van het door de wet gebrandmerkte feit, dan alléén zal er van nietigheid of vernietiging ob causam inhonestam sprake kunnen zijn, niet aan de onzedelijke handeling als zij zelf geheel en al vreemd blijven.

Anderen, aan wier hoofd Vangerow (1), zijn de meening toegedaan, dat de weddingschap in spel overgaat, zoodra de zucht om te winnen op den voorgrond treedt. Zegt men, beweert Vangerow, dat het karakteristieke der weddingschap daarin ligt, dat zij een Meinungskampf is, dan volgt daaruit dat wij met spel te doen hebben: »wenn der Vertrag nicht das natürliche »Ergebniss eines vorausgehenden Meinungsstreites ist, wenn also »nicht gewettet wird weil gestritten war, sondern wenn blos »gestritten wird um zu wetten." De major is goed, de minor wordt voortreffelijk wederlegd door Krügelstein in zijn reeds aangehaald werkje. (2) Wat is, zegt hij, de zin der woorden »streiten um zu wetten?" Zoo gij daarmede bedoelt, dat de eene partij de andere arglistig tot wedden uitlokte door een twist met hem te provoceeren over iets dat hij zeker wist, dan is de vrije wil, de consensus, door dolus uitgesloten en derhalve de overeenkomst ongeldig. Of moet men daaraan hechten de beteekenis van een strijd, in scherts begonnen, en een weddingschap daarop in scherts aangegaan? Dan is zij eveneens ongeldig, omdat weder de ernstige wil der partijen, om zich aan elkander te verbinden, ontbrak. (3) Of eindelijk, en dit schijnt Vangerow

1) l. c. p. 253. Met hem vereenigen zich in hoofdzaak Wilda en Heimbach l. c.
2) p. 45, n. 54.
3) L. 3. § 2. De obligationibus et actionibus [XLIV, 7].

te meenen, beteekent »streiten um zu wetten," dat men slechts een strijd begint, met het doel om door de daarop gevolgde weddingschap winst te maken? Maar dan is bijna elke weddingschap een spel; want gewoonlijk is bij deze overeenkomst het hoofddoel van de eene partij om het vermogen van de andere te verminderen, haar daardoor een straf op te leggen en zich, zij het dan ook met weinig, te verrijken. Nu kan wel is waar, reeds dadelijk, bij den aanvang van den strijd, winstbejag de bedoeling, en de geheele woordentwist slechts een schijnvertooning geweest zijn, om een ongeoorloofd spel onder den dekmantel eener geoorloofde overeenkomst binnen te smokkelen. Maar dan zal, volgens den regel: »plus valet quod agitur quam quod simulate »concipitur," een dergelijke overeenkomst krachteloos zijn, immers niet de strijd van beweringen, maar winstbejag is dan de aanleiding geweest tot het aangaan van het contract en de weddingschap wordt geen spel, maar was het van den aanvang af. (1)

Eindelijk zou, volgens een derde meening, de hoegrootheid der som, die verwed wordt, invloed uitoefenen op de natuur der weddingschap, en een bovenmatige haar in een verboden spel doen veranderen (2). Zoolang men ons echter niet aantoont, dat wij met de eene of de andere overeenkomst te doen hebben, naarmate er voor beide partijen kans bestaat van grootere of kleinere winst en verlies, en dat dus haar onderscheidingsteeken ligt in de mate van gevaar, die de overeenkomenden treffen kan, zal men ons niet van de juistheid dezer meening overtuigen. Steeds blijft Rechthaberei de aanleiding tot het aangaan der weddingschap, al klimt ook het quantum der straf van hem die ongelijk heeft, ver boven

1) Ditzelfde geldt tegen Windscheid, l. c. § 420 n. 1 en Rüdorff, noot 3, blz. 88. D. II. van Puchta's Vorlesungen.

2) Vangerow l. c.

het gewone. Bovendien stuiten wij hier op een ander bezwaar, waarop wij later zullen terugkomen. Waar zijn de grenzen van het matige en bovenmatige? Wat voor den rentenier weinig is, kan voor den daglooner zeer veel zijn. Nam men alzoo dit onderscheidingsteeken aan, men zou in het praktische leven op onoverkomelijke bezwaren stuiten en den rechter de bevoegdheid moeten toekennen, bij elk voorkomend geval een onbescheiden blik op den vermogenstoestand der personen te werpen. Een groote ongelijkheid en subjectiviteit zou daarvan het gevolg zijn, die niet anders dan nadeelig zou werken op een goede rechtspraak. »Optima lex est, quae minimum relinquit arbitrio »judicis." Wij mogen dus besluiten, dat ook dan als de weddingschap een verboden spel tot onderwerp heeft, òf uit louter winstbejag wordt aangegaan, òf wel een buitengewone hooge som wederkeerig is beloofd, zij haar oorspronkelijk karakter niet verliest noch in spel overgaat. Mogen de beide overeenkomsten in vele opzichten met elkander overeenstemmen, zij bieden ons twee belangrijke verschilpunten aan. Wat bij de een essentiale is, nam: de handeling die op den uitslag invloed uitoefent, is bij de andere accidentale; waar het motief van de eene winstbejag is, is dat van de andere de zucht om gelijk te hebben in een strijd van beweringen, de zoogenaamde Rechthaberei. En zoo deze kenmerken werkelijk juist zijn, dan valt ook het systeem van Puchta in elkander (1), die »Spiele, Complexe von »zusammenhangenden Wetten" noemt. Immers, steunt dit op de valsche onderstelling, dat elke nieuwe handeling ter gelegenheid van spel verricht, b. v. elk opnemen der kaarten, voorafgegaan wordt door een verschil van meening omtrent den eventueelen uitslag, terwijl men veeleer te doen heeft met een verschillende kans-

1) Pandekten, p. 393. n.

berekening, zoo men wil met een worsteling, dan met strijdige beweringen, mondeling geopenbaard (1).

Resumeeren wij onze beschouwingen, dan hebben wij de volgende resultaten verkregen, die ons tot het geven eener definitie in staat stellen:

Spel en weddingschap komen daarin overeen, dat zij beide zijn kansovereenkomsten, waarvan de grond is, een volstrekte of betrekkelijke onzekerheid (2).

Daar tegenover staan de verschilpunten: De handeling der partijen, die bij spel essentiale is, is bij weddingschap accidentale. Daar zij echter bij het eene contract moet en bij het andere kan voorkomen, is de handeling niet genoeg, om op zich zelf de beide overeenkomsten van elkander te onderscheiden.

Daarentegen is de voorafgaande strijd van beweringen het essentiale der weddingschap, welk kenmerk bij spel geheel en al ontbreekt. Daarom kan weddingschap nooit in spel overgaan.

Vatten wij dit alles te zamen, zoo bepalen wij beide aldus: spel is een overeenkomst, door bepaalde regelen beheerscht (3), waarbij over winst en verlies beslist de onzekere uitkomst eener handeling, tot het uitlokken dier beslissing opzettelijk verricht.

Weddingschap is een overeenkomst, waarbij partijen ten gevolge van een strijd van beweringen wederkeerig beloven, dat hij, wiens bewering blijkt

---

1) In dien zin heb ik vrede met Troplong, des contrats alcatoires No. 27: „une lutte, où les chances se balancent aveo une égale certitude"; Coek, de alea, p. 10: „certamen quoddam recreans", en Brinz, l. c. § 103, p. 433: „die Wette „ist nothwendig, das Spiel möglicherweise ein Kampf."

2) De overeenkomst nit een politiek-legislatief oogpunt behandel ik in de paragraaf over het jus constituendum.

3) Onverschillig is het, of deze vooraf door partijen zijn vastgesteld, of als jus non scriptum stilzwijgend aangenomen.

onjuist te zijn, een bepaalde som of zaak zal verbeuren.

Het nauwst sluiten zich deze definitien aan bij die van Krügelstein (1). Alleen heb ik in de eerste de woorden »onzekere uitkomst" gebruikt, waar hij spreekt van een »von dem Zufall »oder von der Geschicklichheit der Theilnehmer oder von beiden »zugleich abhängenden Ausfall", omdat ik, zooals ik later hoop aan te toonen, niet geloof, dat er één spel bestaat, welks uitslag alleen van de bekwaamheid der partijen afhankelijk is. In de tweede heb ik weggelaten: »dem andern eine bestimmte »Leistung machen soll"; immers, de som of zaak behoeft juist niet ten goede te komen aan hem, wiens bewering blijkt waar te zijn, maar kan ook ten behoeve van een derde persoon of stichting bedongen worden.

Wij willen deze paragraaf niet eindigen, zonder nog met een enkel woord de definitiën van anderen besproken en hare gebreken aangewezen te hebben. Wij zullen ons tot de voornaamste bepalen (2). Op die van Puchta en Rudhart behoeven wij na het aangevoerde niet terug te komen.

Wat spel betreft, lijden die van Mühlenbruch (3), v. d. Pford-

---

1) l. c. p. 65 en 66.

2) Geene bepaling van spel of weddingschap geven: Glück, l. c. D. XI § 757; Wilda, l. c. D. II (die er in D. VII wel eene van weddingschap geeft); Eichhorn. Einleitung in das Deutsche Privatrecht, p. 313 env.; Beseler, l. c.; Runde, l. c, Phillips, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, § 81, p. 803. Keller, l. c. § 229, p. 455; Vangerow, l. c. § 673, p. 521; Brinz, l. c.; Arndts, l. c. § 236 p. 382 env.

3) Mühlenbruch, l. c. § 424: „Spiel is die Handlung oder Unternehmung „mehrerer ohne eigentliches Geschäft, wobei Gewinn und Verlust von einem noch „ungewussten Ausgange abhängig gemacht wird."

ten (1) en Windscheid (2) aan hetzelfde gebrek. Zij zijn te uitgebreid en omvatten ook de weddingschap, of voegen beide te zamen.

Bij die van Sintenis, (3) overgenomen door Heimbach, en die van Mittermaier (4) wordt de handeling der partijen te veel op den achtergrond geschoven. Kort en goed is de bepaling van Wening Ingenheim (5) en van Meurs (6).

De fransche schrijvers voldoen ons geenszins. Bij Troplong (l. c. Pothier traité du jeu, N° 1), Paul Pont (l. c. p. 71)

---

1) l. c. p. 331: „Spiel is derjenige Vertrag wodurch zwei oder mehrere Personen „einen Gewinn festsetzen, welche, je nach der Entscheidung eines bestimmt be- „zeichneten, zukünftigen, ungewissen Umstandes, der eine oder mehrere Contrahenten „von den übrigen erhalten sollen."

2) l. c. § 419, p. 174: „Im Spiel und im Wettvertrag verspricht jede Parthei der „andern etwas unter einer Bedingung, welche das Gegentheil ist von der Bedingung „unter welcher sie ihrerseits sich von dieser anderer Parthei etwas versprechen „lässt, sodass im Resultat nur die eine Parthei etwas erhält, also gewinnt, „während die andere verliert."

3) l. c. p. 294: „Spiele und Uebereinkommen, wonach von Zweien oder Mehre- „ren die gemeinschaftlich daran Theil nehmen, nach gewissen Regeln und unter „bestimmt bezeichneten künftigen, jetzt noch ungewissen Umständen, ein Gewinn „für den Einen oder Einige und dagegen ein Verlust für den Einen oder die Andere „festgesetzt wird."

4) l. c. p. 73: „Der Spielvertrag ist das von Seiten aller Theilnehmer gewagte, „nach herkömmlichen Regeln geordnete Geschäft, bei welchem der Eintritt einer „von dem Zufall oder von der Geschicklichkeit der Theilnehmer oder von beiden „Verhältnissen abhängigen Thatsache darüber entscheidet, wer oder wie viel „jeder nach Maasgabe der Spielverabredungen gewinnen oder verlieren wird." Men ziet, dat het de definities niet aan langdradigheid ontbreekt.

5) Lehrbuch des gem. Civilrechts, p. 268: „Spiel ist, im engeren Sinne, eine „Thätigkeit mehrerer Theilnehmer die auf einer Uebereinkunft beruht welche je „nach Verschiedenheit des Erfolgs nach bestimmten Regeln dem Einen Gewinn auf „Kosten des Andern zuweist".

6) Dissertatio de alea, 1801. p. 9. „Actio duorum pluriumve hominum privatorum (?), qua id fit ut producatur eventus qui varius queat esse et a quo „(pronti vel hic vel alius sit) dependeat lucrum vel damnum secundum pacta inter „collusores facta."

Digitized by Google

wordt het begrip der handeling gemist; Delvincourt (1) en Duranton (2) geven definitien, die, omdat zij ons in dezelfde onzekerheid laten, veilig hadden kunnen worden gemist. Toullier eindelijk spreekt van eene »donation reciproque", op welk meer verdedigd gevoelen wij in de volgende paragraaf terugkomen.

Veel beter is men met de bepaling van weddingschap geslaagd. De eenige fout die echter bijna altijd terugkomt is deze, dat er te veel op gedrukt wordt dat hij, die ongelijk heeft, iets verbeurt ten behoeve van den ander. Zonderling is het dat Krügelstein, die dit te recht laakt in Sintenis, v. d. Pfordten, Wening Ingenheim en anderen, zelf de klip niet vermijdt waarop hij weet dat zij gestrand zijn en zegt: »dem Andern eine »Leistung machen soll". Bij sommigen treedt de strijd van beweringen niet genoeg op den voorgrond, en noemt men de overeenkomst het gevolg van een strijd van meening. Uitstekend in alle opzichten is de definitie van Vangerow (3).

---

§ 2.

Klassificatie.

Onder welke rubriek moeten in een contractensysteem spel en weddingschap worden gebracht, ziedaar de vraag die wij thans

1) Institutes de droit civil français, Liv. III, Tit. XII: »Le jeu est une convention par laquelle deux joueurs" enz.

2) l. c. p. 100: »Jeu est une convention, intervenue entre deux ou plusieurs »personnes qui se livrent à un jeu convenu" enz.

3) l. c. p. 521: »Eine Wette ist nämlich dann vorhanden wenn mehrere Personen welche einander widerstreitende Behauptungen aufgestellt haben, sich dahin »vereinigen, dass derjenige, dessen Behauptung sich als eine irrige erweisen würde, »zu einer bestimmten Leistung verpflichtet sein soll."

moeten behandelen. Zij zal ons echter niet lang bezig houden. Immers het geldt hier slechts de beginselen in toepassing te brengen, die wij in het eerste hoofdstuk verdedigden.

Wij hebben daar betoogd, dat, van een juridisch standpunt beschouwd, de kansovereenkomsten een eigenaardig kenmerk missen, waardoor het systeem van wetgeving en rechtswetenschap, om haar als afzonderlijke contracten een afzonderlijke plaats in te ruimen, zou kunnen worden gerechtvaardigd. Wij wezen op de onwaarschijnlijkheid, dat contracten die zoowel het burgerlijk als het handelsrecht betreffen door dezelfde regelen zouden worden beheerscht. Geen wonder aldus, dat wij ons in geenen deele kunnen vereenigen met die schrijvers die, hetzij onder den algemeenen naam van »gewagte Geschäfte" (1), hetzij onder dien van Glücksverträge (2), of wel onder dien van »Spiel-Glücks und Hoffnungscontracte" (3) verzekering, bodemerij, spel en weddingschap onder ééne kategorie rangschikken.

Eenigszins dichter bij de waarheid is Rudhart, die de kanscontracten samenvoegt onder den naam van »aleatorische Formen »des Verkehrs" (4). Wel zoude men kunnen vragen: Wanneer de schrijver ons toegeeft, dat de kans niets is als een bijzondere vorm, waarin zich het verkeer openbaart, bestaat er dan een reden waarom hij juist d e z e en ook niet andere overeenkomsten onder dezen titel bespreekt? Men zij echter billijk en vergete niet, dat het doel van den schrijver geweest is, de contracten te systematiseeren en in te deelen, niet uitsluitend

1) Eichhorn, l. c. p. 313; Beseler, l. c. p. 358; Mittermaier, l. c. § 297.

2) Arndts, l. c. § 236 en Puchta l. c. § 258, die zeer juist de alea eene »Modi»fication" der overeenkomsten noemt en haar dus plaatst in het algemeene deel van het obligatierecht, doch zonderling genoeg ter zelfder plaatse spel en weddingschap behandelt.

3) Runde, l. c. § 210.

4) l. c. p. 126 env.

met het oog op hun juridische, maar ook op hunne economische kenmerken.

Thibaut (1) rangschikt spel en weddingschap onder de »unbestätigte »pacta". Ook met deze indeeling hebben wij geen vrede omdat zij zich richt naar de gevolgen, niet naar het wezen van het contract. Het is hier niet de vraag, of deze of gene overeenkomst het dwangmiddel mist, maar veeleer of zij het moet missen, omdat hare natuur van die der overige overeenkomsten afwijkt en zij, om de een of andere reden, de bescherming van het recht niet verdient.

Dezelfde fout maakt v. d. Pfordten (2) als hij spel en weddingschap vereenigt onder de rubriek: »Verträge welche in der »Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber einseitig sind." Vooreerst toch treffen wij dit kenmerk bij de verzekering zeer dikwijls aan. De overeenkomst is, wanneer zij gesloten wordt, zweiseitig; beide partijen verbinden zich, de een tot betaling der verzekerde som, de andere tot voldoening der premie. Grijpt nu het ongeval niet plaats, wordt er geen schade geleden, dan is de verzekeraar bevrijd, terwijl de verzekerde hem den prijs voor het gevaar dat hij op zich nam, moet betalen; de overeenkomst van verzekering is dan »in der Erfüllung einseitig". Nu bestaat er, en dit heeft de schrijver waarschijnlijk bedoeld, tusschen beide soorten van kansovereenkomsten werkelijk hierin verschil dat bij spel en weddingschap als partijen afrekenen, slechts één van hen tot betaling kan verplicht zijn, bij verzekering daarentegen beide. Maar is dit verschil, vragen wij, groot genoeg, om op het voorbeeld van v. d. Pfordten een afzonderlijke soort overeenkomsten onder den algemeenen naam van »Verträge welche in der Eingehung »zweiseitig, in der Erfüllung einseitig sind" te rangschikken? Zeer

1) System des Pandektenrechts § 573.

2) l. c. p. 327.

juist zegt Sintenis: (1) »Diese Eigenthümlichkeit (dit is het »goede woord) ist zwar gerechtfertigt, allein die rubrizirende »Bezeichnung scheint mir nicht recht passend; da es nun einer »solchen nicht nothwendig bedarf, sondern die der Glücksverträge »als Anhang der gegenseitigen hinreicht, so kann man auf »einer solchen gänzlich verzichten." (2) Bovendien, wij herhalen het, moeten wij bij het onderzoek naar de plaats, die een overeenkomst in een contractensysteem moet bekleeden, hare natuur niet afmeten naar het tijdstip der vernietiging, maar veeleer naar dat waarop zij is aangegaan.

Sintenis is een andere meening toegedaan en wordt dan ook daarom, in tegenstelling met de aangehaalde schrijvers door Krügelstein zeer geprezen. Nadat hij in een vorige paragraaf het gevoelen verdedigd heeft, dat de alea slechts »Modification" der overeenkomsten is, behandelt hij Spiel und Wette bij elkander, zonder ze onder een bepaalde rubriek te brengen. Hij is daartoe geleid door de opmerking, dat spel en weddingschap zich van de overige door kans gewijzigde overeenkomsten in dit opzicht onderscheiden, dat bij hen het wagen zóó uitsluitend het doel der overeenkomst is: »dass danach einfach die Entstehung der »Verpflichting zu geben und leisten irgend eines Gegenstandes, »also bestimmt ein Gewinn auf der einen und ein Verlust auf »der andern Seite, von einem Glücksfall abhängig gemacht wird, und »es somit für ein solches Uebereinkommen an einem Verpflichtung-»grunde ausserdem fehlt, dieser vielmehr in der gegenseitigen »Wagniss bestehen müstte." De nadruk ligt op ausserdem; de kracht zijner redeneering ligt in het feit, dat wagen de eenige causa civilis obligandi is van de overeenkomst van spel en wedding-

1) l. c. II, § 97.

2) Wij kunnen zelfs den naam »Glücksverträge" missen, daar spel en weddingschap niets zijn als species van het genus wederzijdsche overeenkomsten.

schap. Wij hebben deze meening reeds in ons eerste hoofdstuk bestreden en betoogd, dat bij alle zoogenaamde kanscontracten de onzekerheid de grond is, waarom partijen de overeenkomst aangaan. Dat er werkelijk verschil is in de beweegreden(causa remota) die partijen tot het sluiten van een overeenkomst van verzekering of bodemerij aan den eenen, of die van spel of weddingschap aan den anderen kant bewoog, is soms doch niet altijd waar. (1) Doch de beweegreden ligt in alle geval buiten het recht; zij schept den wil, zegt Windscheid ergens, maar is deze eenmaal te voorschijn getreden, dan rukt hij zich los van den bodem waarop hij gegroeid is, en treedt zelfstandig op. Men kan hier toepassen, wat het romeinsche recht bij gelegenheid der legaten verkondigt: »ratio legandi legato non cohaeret." De beweegreden kan, mag ons niet leiden, daar waar het om een juridische onderscheiding of verdeeling te doen is. Moge zij al voor den econoom, voor den psycholoog van belang zijn, de jurist houdt zich niet met haar bezig. Hij leest niet in de harten der overeenkomende partijen, maar onderzoekt slechts in welken vorm haar wil zich naar buiten openbaart. Alleen de naaste grond is het voorwerp zijner nasporingen en deze, wij kunnen het niet genoeg herhalen, is bij alle kanscontracten zonder onderscheid dezelfde, nl. de onzekerheid; (2) hetzij dan, dat winstbejag, hetzij vrijwaring tegen toekomstige gevaren, hetzij eindelijk eenige andere beweegreden partijen tot het aanknoopen eener rechtsbetrekking heeft geleid. Daarom gelooven wij, dat Wening Ingenheim op den goeden weg is als hij (l. c.) spel en weddingschap rangschikt

---

1) Er kan b. v. zeer goed gespeeld worden uit tijdverdrijf, zonder eenige zucht naar winst, terwijl een lijfrente kan worden bedongen alleen uit zucht naar winstbejag.

2) Toullier noemt het spel: »Une donation réciproque que se font les parties »sous une certaine condition"; voorwaar een zonderlinge schenking, waarbij het ons te doen is, om het geld te kloppen uit den zak onzer tegenpartij.

onder de »wesentlich zweiseitige Obligationen". Dat is de plaats die haar van een juridisch standpunt in het contracten-systeem toekomt. Kan men echter, waar het kenmerk zoo weinig kenmerkend is, nog van een kenmerk spreken? En toch, een ander is niet te vinden.

Ook in het wetboek is de plaats, die de overeenkomsten van spel en weddingschap moeten innemen, als van zelf aangewezen. Erkent het recht ze, door beiden van het dwangmiddel, de actie, te voorzien, dan kunnen zij met stilzwijgen worden voorbijgegaan, daar in het moderne recht de wil der partijen op zich zelf causa civilis obligandi is. (1) De regelen die bij alle overeenkomsten gelden, b. v. die omtrent goede trouw enz., zullen dus ook op haar van toepassing zijn.

Meent daarentegen de wetgever redenen te hebben, spel en weddingschap als geldige contracten niet te erkennen, wil hij m. a. w. een uitzondering maken op den regel »pacta esse servanda", dan zal hij logisch handelen door in de algemeene leer der contracten, waarin hij een bepaling opneemt omtrent de verbindbaarheid van alle overeenkomsten, die niet strijden tegen de goede zeden of de openbare orde, een artikel in te lasschen, dat aan spel en weddingschap rechtsgevolgen ontzegt. In ons B. W. zou dit voegzaam kunnen volgen op art. 1355.

Dit, voor zooverre betreft het civielrechterlijk standpunt. Beschouwen wij nu onze beide overeenkomsten uit een economisch oogpunt, dan treedt natuurlijk de causa remota op den voorgrond en mogen wij vragen: dragen spel en weddingschap werkelijk bij tot vermeerdering van de maatschappelijke welvaart, of voldoen

1) Zie ons art. 1355 B. W. en 1107 C. c.

zij aan eenige behoefte van het verkeer? Dat zij in dit opzicht een geheel andere plaats innemen als koop, huur, vennootschap, lastgeving en andere overeenkomsten, behoeft geen betoog. Men zal wellicht met eenigen schijn van waarheid beweren, dat het spel den geest ontspant en aan het lichaam meerdere veerkracht geeft, dat het den door arbeid vermoeide in staat stelt, om weder met frisschen moed en met nieuwe energie bezield, zijne dagelijksche werkzaamheden op te vatten, en dat het in zooverre bijdraagt tot de vorming van immaterieel kapitaal. Soms is dit inderdaad het geval, maar meestal is deze bewering in strijd met de feiten. Begeef u achter de speeltafel; sla eens een blik op die hoogroode aangezichten der spelers, op de gemoedsaandoening die hen bijna belet de kaarten op te nemen, op hunne angstige bezorgdheid, zoo dikwijls het toeval het winnen of verliezen van een gewaagd spel beheerscht. Noemt gij dat ontspanning? En als het oogenblik van afrekenen gekomen is en den speler de hoop ontzinkt, om het verlorene weder met woeker te herwinnen, dan is de teleurstelling en vermoeienis, die gij op zijn gelaat leest, genoeg om u te overtuigen, dat het spel voor hem geen verstrooiing, maar veeleer uitputtende inspanning geweest is. Had hij den kostbaren tijd, dien hij nu nutteloos doorbracht, met lezen of arbeiden besteed, zijn geest ware wellicht verrijkt en op indirecte wijze had hij tot de voortbrenging bijgedragen. Want, men vergete het niet, in de staathuishoudkunde staat meer dan ergens op den voorgrond: tijd is kapitaal.

Wij willen de vraag niet vooruitloopen, die wij in een volgende paragraaf zullen behandelen, in hoeverre het spel schadelijk werkt, door de kwade hartstochten van den mensch te ontwikkelen, en de kiemen van betere gevoelens in zijn boezem te smoren. Maar dit mogen wij nu reeds vaststellen, dat noch het spel,

noch de weddingschap voor het dagelijksch verkeer eenig nut opleveren. En dit geldt in even sterke mate van de laatste als van de eerste overeenkomst; moge zij al, omdat zij in den regel geen tijdverlies met zich sleept, door den staathuishoudkundige met een gunstigeren blik worden beschouwd, tot de voortbrenging voorzeker werkt zij evenmin mede.

Zoo dus van een juridisch standpunt de plaatsing van spel en weddingschap onder een afzonderlijke rubriek en een gemeenschappelijken naam niet gerechtvaardigd is, de econoom mag en kan haar niet stellen op ééne lijn met die overeenkomsten, welke het handelsvertier niet kan ontberen. Met het oog hierop hebben wij in ons eerste hoofdstuk spel en weddingschap (1) onderscheiden van verzekering, bodemerij en andere kanscontracten, en in deze onderscheiding zullen wij den sleutel trachten te vinden van de beginselen, die de wetgevers bij het vaststellen hunner bepalingen hebben geleid.

---

§ 3.

Jus Constitutum.

Voordat wij overgaan tot de ontwikkeling der beginselen, die de wetgeving van onze eeuw hebben beheerscht, wenschen wij in eenige groote trekken na te gaan de geschiedenis van het spel en de weddingschap gedurende den tijd, die verliep tusschen de heerschappij van het Justinianeische recht en de afkondiging der hedendaagsche wetboeken. Wij beginnen met Frankrijk.

1) Ook de loterijen behooren hiertoe. Op de eigenaardige plaats, die de beursspeculatien in de staathuishoudkunde bekleeden, komen wij in de volgende afdeeling terug.

Reeds bij gelegenheid van het concilie van Mainz werden tegen het spel bepalingen gemaakt, die door Karel den Groote werden bekrachtigd. Daarop volgden verschillende meer of minder belangrijke ordonnantiën van Lodewijk den Heilige (1254), Karel den Schoone (1319), Karel V (1369) die van zijne verbodsbepalingen de ludi virtutis causa uitzonderde, Karel VIII (1435), Karel IX (1560) en vooral de bekende ordonnance de Moulins van 1566, daarom van belang, omdat zij aan den minderjarige uitdrukkelijk de condictio indebiti toekende van betaalde speelschuld (art. 51) en dus, argumento a contrario, den meerderjarige ontzeide. Een ordonnance van 1629 verklaarde het spel: »déchargé de toutes obligations civi»les et naturelles", en in denzelfden geest volgde later een andere van Lodewijk XIV. Bovendien werden door het parlement van Parijs een aantal arresten uitgevaardigd, die dezelfde strekking hadden als de koninklijke ordonnantien. Een declaratie van Lodewijk XVI van 1781 verbood alle jeux de hasard, en in het algemeen al de zoodanige; »dont les chances »sont inégales et qui présentent des avantages certains à l'une »des parties au préjudice de l'autre". Het decreet van 19—22 Juli 1721 (sur l'organisation de la police correctionelle et municipale) houdt eenige bepalingen in tegen de speelhuizen, en bedreigt de houders daarvan met een boete van 1000—10000 fr. en gevangenis tot één jaar; bij recidive met een boete van 5000—10000 fr. en gevangenis tot twee jaar. De spelers zelf zijn vrij van straf. De toepassing van dit decreet werd bij een ander van 24 Juni 1806 streng bevolen. De Code Napoleon ten slotte maakte aan de verwarring der civielrechterlijke met de strafrechterlijke gevolgen van het spel een einde (1).

1) Vgl. Pothier, traité du jeu, No. 45—48; Merlin, répertoire l. c.; Duranton l. c. p. 106 en 107.

Men ziet dus, dat in het algemeen de overeenkomst van spel niet in een goeden reuk stond. Geen dwangmiddel werd haar toegekend; art. 140 van de ordonnance van 1629 liet zelfs getuigenbewijs boven het door de wet bepaalde maximum (600 livres) toe, om de nietigheid aan te toonen van obligaties, promessen enz. uit spel voortspruitende. Wat echter eens betaald was, kon niet worden teruggevorderd.

Een geheel ander stelsel was de wetgever, wat de weddingschap betreft toegedaan. Zij was volkomen erkend, en de inzet kon worden gevorderd al was hij niet vooruit aan een derde in bewaring gegeven. (1) Was zij in strijd met de goede zeden of openbare orde, dan was zij natuurlijk krachteloos. Zelfs schijnt men dit nog al ver te hebben uitgestrekt. Zoo verbood een arrest van het parlement van Parijs in 1763 te wedden, dat zekere vrouw zwanger was of dat zij een meisje of jongen baren zou. Doch regel was volkomen erkenning.

Anders was het in ons oud Hollandsch recht. Beide overeenkomsten, zoowel spel als weddingschap schijnen van rechtsgevolgen verstoken te zijn geweest. De Groot ten minste verhaalt ons, (2) dat »alle tuischspelen plachten van ouds in Holland verboden te »zijn, zonder des Graafs oorlof, die aan eenige steden zoodanig »recht heeft vergund. Voorts is het gemeene recht, dat niemand »meer door spel kan verliezen, dan hij te borde heeft gebracht; »alle verdere toezeggingen zijn nietig. Daarenboven zijn op vele »plaatsen keuren, dat hetgeen in zoodanig spel verloren is boven

---

l. c. p. 106 en 107; Paul Pont l. c. p. 273; Dalloz, répertoire s. v. jen et pari No. 5—9.

1) Men vergelijke het ook bij Wiersma (p. 250) en Dalloz aangehaalde voorbeeld van den pastoor en den tiendplichtige.

2) Inleiding tot de hollandsche rechtsgeleerdheid, uitgave van Schorer, B. III, D. III, § 49.

»twee lood zilver of zekere waarde, mag weder geeischt worden, »niet alleen bij den verliezer, maar ook bij zijne huisvrou, »vrienden of magen." Het instellen der condictio indebiti was, volgens den regel: in pari causa melior est causa possidentis, niet toegelaten dan bij uitzondering, b. v. te Leiden en te Amsterdam, (1) terwijl bovendien verscheidene placaten der Algemeene Staten (o. a. van 1690) aan hen, die op een schip naar Oost of West-Indie bestemd, geld met spel hadden verloren, de repetitio hadden toegekend.

Zoo was ook aan weddingen »dat is," zegt de Groot, (2) »toezeggingen op een indien", de actie ontzegd. Hij verdedigt deze bepaling, op dezelfde wijze als vroeger een romeinsch jurist: interest reipublicae ne quis re sua male utatur, door aan te voeren: »dat 't gemcenebeste daaraan gelegen is, dat »de luiden hunne goederen door zoodanige onnoodige en malle »weddingen niet onnuttelijk verkwisten." Twee uitzonderingen maakt hij op dezen regel, ten eerste, »als het den han»delaars aan het indien ware gelegen, 't welk gebeurt bij »verzekeringen" (3) en ten tweede, »wanneer de eene dingman »den anderen in recht eene wedde boodt over schuld of onschuld," dus m. a. w. het romeinsch proces per sponsionem. Hoe Wiersma er toe gekomen is, om in deze bewering tegenstrijdigheid te ontdekken, is mij niet recht duidelijk. Immers, de Groot stelt den regel op den voorgrond en laat daarop zeer consequent de uitzondering volgen. Overigens schijnt een eenvormige rechtspraak, wat de weddingschap betreft, hier niet te hebben bestaan. Voet ten minste beklaagt zich, dat men het romeinsche recht verkeerd begrepen heeft door te beweren, dat het deze overeenkomst zijner bescherming

1) Voet, Commentarius ad Pandectas L. XI, T. V.; Cock, l. c. p. 59 env.

2) l. c. § 48.

3) „Exceptio", zegt Voet, „est cum assecurationibus".

waardig keurde. »Quo fundamento," gaat hij voort; »pro sponsionum »justitia ac validitate in Frisia judicatum est, ac plures eandem »tuentur." Hij had er ook Gelderland kunnen bijvoegen.

Wilda's voortreffelijke ontwikkeling der geschiedenis van spel en weddingschap in Duitschland, die door Heimbach als gewoonlijk bijna letterlijk is overgenomen, zou een nadere bespreking van onze zijde overbodig maken, zoo zij niet voorkwam in een tijdschrift, dat verre van in ieders handen is. (1) Wij zullen dus de resultaten van zijn onderzoek in het kort samenvatten.

Dat reeds vrij spoedig bepalingen gemaakt werden, om tegen de hartstocht van den speler te waken, zal niemand verwonderen, die de speelwoede der Germanen kent. Tacitus hangt ons daarvan in zijn boek de origine, situ, moribus ac populis Germanorum (cap. 24) een levendig tafereel op. Als zij alles verloren hebben, vertelt hij, dan zetten zij hun vrijheid op den laatsten worp: de overwonnene onderwerpt zich vrijwillig aan de slavernij; al is hij jong en krachtig, hij laat zich binden en verkoopen. De plaats is reeds dikwijls aangehaald, maar door niemand, ook niet door Wilda, is m. i. genoegzaam acht geslagen op de laatste woorden van het hoofdstuk, die vooral treffend zijn omdat zij nog actualiteit hebben. »Et est," zegt Tacitus, »in ea re prava pervicacia; ipsi fidem vocant." Wij zouden zeggen: dat noemen zij hun point d'honneur. (2)

De eerste sporen van beperking vinden wij in den Saksenspiegel (I. 6. § 2) waar de erfgenaam van het betalen der speelschulden is vrijgesteld. Over het algemeen echter was het opeischen van het bij spel gewonnene wel degelijk toegestaan en alleen het

1) Het reeds genoemde Zeitschrift für deutsches Recht und Rechtswissenschaft D. II en VIII.

2) Blackstone, l. c. D. IV, p. 195: »One would almost be tempted to think, »Tacitus was describing a modern Englishman!"

Saksische Wichbild verbood den rechter over speelschulden recht te spreken. Overigens had nagenoeg elke stad hare afzonderlijke bepalingen. Zoo vinden wij in art. 51 van het Maagdenburgsche Schöffenrecht (13e eeuw) de bepaling van het Wichbild woordelijk herhaald. Zij die de actie weigerden, schijnen oorspronkelijk slechts bovenmatig spel op het oog gehad en het verlies van het gansche vermogen te hebben willen voorkomen. De winner bleef derhalve bevoegd te behouden wat de verliezer hem dadelijk had uitbetaald. Soms mocht men aan niemand meer tot spel leenen dan zijn »fahrende Habe" waard was (Augsburgsche stadrecht van 1276, art. 398). Afzonderlijke bepalingen bestonden omtrent minderjarigen, zij mochten niet meer verspelen dan de waarde hunner kleederen, voor het meerdere had de vader de actie tot terugvordering. Het Weener stadrecht van 1296 verbood aan de Stadtschüler om hunne boeken in het spel te wagen. In het algemeen was het beginsel in den bloeitijd van het stadrecht: niet spelen op crediet. Toch bleef de regel van het Wichbild bestaan: »das ainer den andern gern und unbe»zwunglich git, das mag er wol nemen ungevärd," maar dan moest ook het verlorene vrijwillig zijn betaald. Terwijl het toch vroeger den winner geoorloofd was, den verliezer die geld bij zich had vast te houden en niet te laten vertrekken vóór dat hij zijne schuld had gekweten, werd hem dit voorrecht later ontnomen. Langzamerhand smolten stad en landrecht ineen, of liever het tweede vervormde zich naar het eerste. Zoo weigerde het rechtsboek van koning Lodewijk van Beijeren evenzeer als het stadrecht de actie en stond alleen toe den verliezer »an seiner fahrenden Habe zu pfänden." Men late zich echter niet misleiden door het woord Doppelspiele en denke niet dat men daaronder bij uitsluiting hazardspelen te verstaan heeft. (1) In dezen tijd staat Doppelen nog met spelen gelijk.

1) Zooals b. v. Heimbach doet.

Naarmate het landrecht al meer en meer op den voorgrond trad, werd men tegen het spel ongunstiger gestemd. »Wiss »aber," zegt het Saksische landrecht, »das ein Spieler viel erger »ist als ein Räuber." (1) Geen wonder; tot nog in de 17 eeuw ging spel gepaard met roof en doodslag op den openbaren weg, de bordeelen waren tevens speelhuizen. Opmerkelijk is het, dat zich ter gelijker tijd dezelfde verschijnselen als thans voordeden; gelijk nl. nu de staat het spel tusschen particulieren beperkt en de loterijen ten behoeve der staatskas exploiteert, zoo werden b. v. in 1423 op de Frankforter mis 8000 stuks dobbelsteenen publiek verkocht van wege den stedelijken magistraat, onder voorwendsel, dat daardoor de verkoop en dus ook het gebruik van valsche steenen werd voorkomen; inderdaad gold het winstbejag.

Sinds de veertiende eeuw werd het speelverbod allengs uitgebreid en werden in de wetgeving voornamelijk vier systemata zichtbaar. Sommige verbod en strafwetten waren voornamelijk gericht tegen het dobbelen of daarmede gelijk staande spelen (vel alium ludum cum quo pecunia perdi potest, zegt het Göttinger stadrecht); men verstond daaronder de zoodanige, die wegens hunnen bovenmatigen inzet of uit hunnen aard gevaarlijk zijn voor welvaart en zedelijkheid. Zij komen onder verschillende benamingen voor. (2) Andere wetten verbieden in 't algemeen het hooge spel en stellen een maximum vast, b. v. te Regensburg een pond, te Lüneburg een mark, te Freiburg vijf Schilling Pfennig. Weer andere staan in geen geval spel op crediet toe, b. v. de Wurtembergsche Landesordnung die verbiedt: »insonderheit das auf Borg spielen."

1) Het Culmer stadrecht formuleerde dezelfde ongunstige opinie in deze woorden: „Doppelspiel ist ein Spiel von Muthwillen".

2) Spiele damit man den Pfennig verlieren kann, das an den Pfennig geht, das an Gewinn und Verlust geht enz.

Somtijds eindelijk is het spel geheel en al verboden, zooals te Ulm in 1479 en te Luneburg in 1679 op straffe van 10 mark.

Men ziet derhalve, dat onder verschillende vormen onderscheiden werd tusschen geoorloofd en ongeoorloofd spel, d. i. waartegen al of niet straf bedreigd was. Wat de civielrechterlijke gevolgen betreft, was het weigeren van de actie regel. Spel dat tot uitspanning diende was onvoorwaardelijk toegelaten. »Um Kurzweil willen um ein Gröschel zu spielen »kann ehrlichen Leuten wol vergunst und zugelassen werden." (1) Onjuist is overigens de meening van hen, die aan het romeinsche recht een grooteren invloed op de geschiedenis van de wetgeving omtrent spel en weddingschap toeschrijven, dan aan het oud duitsche. Zelfs daar waar de beginselen van het Justinianeische recht gegolden hadden, werden zij langzamerhand door de Duitsche stad en landrechten verdrongen. De Kleiderverordnung van 1612 b. v. staat op echt romeinschen bodem als zij ludi virtutis causa tegenover ongeoorloofde spelen stelt en zelfs de eersten beperkt door een maximum van 12 Gröschen te bepalen waarboven de inzet niet stijgen mag. Zij motiveert deze bepaling door het argument, dat men zijn onderhoud moet verdienen door arbeid, niet illicitis modis. Nu wordt dit alles bijna onveranderd overgenomen in de Polizeiordnung van 1661, maar tevens daar een verklaring gegeven van ongeoorloofd spel, waarvan het kenmerk is: »das sie von Glück und Zufall hauptsächlich abhängen." Derhalve een echt Germaansche definitie.

Wat geldt ten slotte in het gemeene duitsche recht? Wij moeten hier weder nauwkeurig onderscheiden tusschen geoorloofd en ongeoorloofd spel, niet echter in de beteekenis van ludi virtutis causa en die daartegenover staan. Geoorloofd spel is dat, waarvan het doel is uitspanning, ongeoorloofd dat waartoe winstbejag

1) Stadrecht van Zittan van 1567.

Digitized by Google

partijen aanzet. Wij hebben, wat het civiele recht betreft, alleen met het eerste te doen; het laatste is strafbaar en dus natuurlijk van rechtsgevolgen verstoken. Ook wegens geoorloofd spel nu wordt aan den winner de bevoegdheid ontzegd den verliezer in rechten tot betaling aan te spreken; het eens betaalde echter kan nooit als onverschuldigd worden teruggevorderd.

Kariger zijn de bronnen omtrent weddingschap. Het Regensburger stadrecht van 1320 zegt: »man richtet auch umb Spiel»gelt, umb Chugelgelt, umb Wetten und Afterwetten nicht." Zoo ook het Münchener stadrecht: »alle Ueberwetten haben »chain Craft" en het oude Culmer stadrecht: wedrennen met paarden »das ist ein Spyl von Muthwillen." Regel zou dus zijn gelijkstelling van spel en weddingschap. Waarschijnlijk echter had men alleen op het oog de zoogenaamde Afterwetten, d. z. de zoodanige wier eenig doel winstbejag is. Voor deze meening pleiten twee redenen; ten eerste werden steeds uitgezonderd weddingschappen quae virtutis causa fiunt, en ten tweede vinden wij in het stadrecht van Freiburg in zekeren zin L. 17 § 5 D. XIX. 5. herhaald. »Wir haben auch gesetzt welche mit einander be»dächtlich wetten, dieselbe Wettung soll ihre Bestand haben »und mag der Ueberwinder sein Recht suchen und erhalten; es »wäre dann die Sach des Wettens unerlich, schandbar oder »lächerlich. Bedächtlich, d. i. zonder hartstocht, zonder dat er vrees kan bestaan voor de schadelijke gevolgen van het spel. Wij mogen dus aannemen dat in 't algemeen de weddingschap een volkomen rechtsgeldige overeenkomst was, mits zij niet van haar oorspronkelijk doel ontaardde en niet het verlangen naar winst tot de overeenkomst der partijen aanleiding gaf. Zij mag daarom niet bovenmatig zijn en de rechter mag in dit geval den inzet verminderen. Bijna waren deze beginselen in het Pruisische landrecht overgegaan; het ontwerp immers stelde het

maximum der te verwedden som vast op $^1/_{20}$ van het vermogen en een later voorstel op tien thaler; beide voorstellen werden echter met groote meerderheid verworpen en gelijk wij later zullen zien te recht (1).

Wij stonden opzettelijk eenigszins langer bij de ontwikkeling van het duitsche recht stil, vooreerst omdat het ons misschien den sleutel kan geven tot de beteekenis van het woord Hazardspiel in het Pruische strafrecht (Lr. D. II, Tit. 20, § 266), en vervolgens om te doen zien, hoe in de wetgeving omtrent spel en weddingschap in hoofdzaak steeds gelijksoortige beginselen zijn gehuldigd en in de hedendaagsche wetboeken overgegaan.

Wij komen thans tot de wetboeken van den tegenwoordigen tijd en moeten in de eerste plaats de vraag beantwoorden, welke beteekenis de moderne wetgeving aan de overeenkomst van spel heeft gehecht. Want, er is reeds door anderen op gewezen, terwijl men overal een definitie van kansovereenkomsten die gegeheel onnoodig was meende te moeten geven, oordeelde men dit bij spel en weddingschap overbodig.

Wij zagen reeds, dat het begrip van spel, in de oorspronkelijke beteekenis van het woord als divertissement, geheel en al buiten een juridische beschouwing valt. Dat de wetgever evenmin daaronder kan bedoeld hebben alle die overeenkomsten: »waar het element van meer dan gewone winst tegenover meer »dan gewoon gevaar van verlies aanwezig is (2)" is door Mr. Wiersma voldoende aangetoond, die er te recht op wees, hoe dan bij elke overeenkomst de partij die in het nakomen zijner

1) Vgl. Wilda, l. c.; Heimbach, l. c. p. 290; von Berg's Rechtsfälle D. II, p. 251 env.; Beseler, l. c. p. 369 env.; Eichhorn, l. c. p. 313 env.; Mittermaier, l. c. p. 73 env.; Sintenis, l. c. p. 724, noot 1.

2) Merlin, répertoire s. v. jeu: »c'est un exercice auquel on hasarde actuellement »de l'argent. Voorwaar zeer onbeduidende woorden!

verplichting nalatig bleef, zich met de exceptie wegens spel zou kunnen verdedigen en beweren dat hij door de overeenkomst de kans liep, om tegenover groote winst veel te verliezen (1). Dat geen enkele wetgever er aan zal denken, zoo belemmerend op het verkeer in te werken, volgt genoegzaam uit de erkenning der overige kansovereenkomsten, waar dit kenmerk dan toch in hooge mate aanwezig is.

Een onbegrijpelijke verwarring van denkbeelden straalt in de definitie van Diephuis door (2). Zij kan ons met geen mogelijkheid tot leiddraad verstrekken bij het onderzoek, wat de wetgeving onder spel heeft verstaan. »Spel, zegt hij, is een kansovereenkomst, tusschen twee of meer personen aangegaan om de »eene partij te doen winnen en de andere te doen verliezen, »naarmate de afloop van de onzekere kans der handeling den »een of den ander gunstig zal zijn, en waarbij zij over en weer »overeenkomen dat de verliezende aan de winnende zal afgeven »of toestaan dat deze uit het vooraf bijeengebrachte voor zich »neme wat hij heeft gewonnen." Bij den eersten oogopslag zou men denken, dat de schrijver zich geheel met ons vroeger verdedigd gevoelen vereenigt en de handeling een essentiale van het spel noemt. Maar, na eenig nadenken blijkt genoegzaam dat wij deze illusie moeten laten varen en dat Mr. Diephuis veeleer overhelt tot de meening van hen, die aan de overeenkomst van spel een zeer uitgebreide beteekenis hechten. Immers hij gaat voort met te betoogen dat het eigenaardige van het spel ligt in de strekking: »partijen scheppen zich door het spel »een onzekere kans, om door willekeurig geschapen onzekerheid »zich de mogelijkheid te verschaffen te winnen of te verliezen;

1) l. c. p. 228.

2) l. c. D. VIII p. 387 env.

»dus zijn ook de speculatien à la hausse en à la baisse, hetzij »in effecten, hetzij bij oliecontracten spel. Want partijen sluiten »de overeenkomst alleen om den een te doen verliezen, naar- »mate de onzekere kans der handeling voor deze of gene »gunstig zal afloopen en deze handeling is dus niets dan »spel." Wij vragen, welke handeling? De onzekere kans bestaat geheel en al in het rijzen of dalen van den prijs of koers der olie of effecten; de partijen oefenen op den uitslag geen den minsten invloed uit, tenzij, en dit is in den regel niet het geval, een keizer of minister, van wiens inzichten de politieke toestand van Europa afhankelijk is, zich met effecten-speculatien bezig houdt (1). Wij moeten dus wel besluiten, dat ook Diephuis de handeling der partijen niet houdt voor een absoluut onmisbaar vereischte, zonder hetwelk de overeenkomst van spel niet bestaanbaar is, en dat ook hij uitgaat van de valsche onderstelling, dat de beweegreden, de causa remota nl. de zucht om te winnen, ook in de wetgeving voor het eigenaardig kenmerk van spel moet worden gehouden. Wij zijn, zooals blijkt uit de eerste paragraaf dezer afdeeling, een ander gevoelen toegedaan. Wij stelden de handeling op den voorgrond en de definitie door ons gegeven en verdedigd moet dus ook bij de uitlegging van het wetboek worden gevolgd. Na alles wat wij vroeger over dit onderwerp aanvoerden en de overtuigende argumenten waarmede Mr. Wiersma in meergemelde verhandeling deze meening staaft (2), is nadere bespreking overbodig en kunnen wij eenvoudig met verwijzing naar genoemden schrijver volstaan.

Art. 1825 van ons B. W. luidt aldus: »De wet staat geene

1) En dan nog zal de rechter de overeenkomst wegens dolus moeten vernietigen.
2) l. c. p. 225.

»rechtsvordering toe, ter zake van eene schuld uit spel of »uit weddingschap voortgesproten." Het is de weerklank van art. 1965 C. c. en komt in hoofdzaak overeen met § 577 en § 579 Pr. Lr. (D. 1. Tit. XI) en § 1271 en 1272 Oostenr. wb. (1).

Wat heeft den wetgever bewogen een dergelijke bepaling op te nemen? Waarom heeft hij bij deze overeenkomsten een uitzondering gemaakt op den algemeenen regel van verbindbaarheid der contracten, door aan spel en weddingschap het dwangmiddel, de actie, te ontzeggen?

Er zijn schrijvers die tegen die uitdrukking ontzeggen met klem opkomen. Zij stellen het romeinsche en het moderne recht tegenover elkander, en doen het voorkomen alsof het eerste de overeenkomst van spel zou beschouwen als een zeer gevaarlijke en de spelers als plegers eener onrechtmatiger daad, daarom zeggen zij, werd den verliezer de repetitio toegekend. Het moderne recht daarentegen, gaan zij voort, volgt een onverschilligheids-politiek. Het oordeelt alleen spel en weddingschap zijner zorg onwaardig en laat daarom alles aan partijen over. Willen deze hare [speelschulden betalen, het zij zoo; daartegen te waken is niet mogelijk en onnoodig, maar de rechter mag zich met de spelers niet inlaten. Daarom sluit

1) Art. 1965 C. c. „La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou „pour le payement d'un pari."

§ 577 Pr. Lr. „Wegen Spielschulden findet keine gerichtliche Klage statt."

§ 579 Pr. Lr. „Auch wegen Wetten ist eine gerichtliche Klage nur alsdann „zulässig, wenn die Wette sogleich baar gesetzt, und entweder gerichtlich, oder „in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden."

§ 1271 Oost. wb: „Redliche und sonst erlaubte Wetten sind in so weit verbind„lich, als der bedungene Preis nicht bloss versprochen, sondern wirklich ent„richtet, oder hinterlegt worden ist. Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert „werden."

§ 1272 Oost. wb. „Jedes spiel ist eine Art von Wette. Die für Wetten festge„setzten Rechte gelten auch für Spiele."

het recht ook de condictio indebiti uit; stond het immers deze actie toe, het zoude zijn onverschilligheidspolitiek, zijn passieve rol laten varen en tot het romeinsche beginsel terugkeeren. (1)

Wij kunnen tegen deze meening, hoe verblindend ook bij den eersten oogopslag, niet genoeg waarschuwen. Hoe! Een wetgever, die de verbindende kracht van alle overeenkomsten als algemeenen regel vooropstelt zou, nu hij de actie aan spel en weddingschap weigert, niet actief zijn? Is het verlammen van de door de actie werkende kracht een lijdelijk berusten en niet veeleer een handeling, waarbij wordt afgeweken van het beginsel dat de wil der personen hunne onderlinge rechtsbetrekkingen beheerscht en regelt? Maar zelfs de major is valsch. Het romeinsche recht kan het spel qua talis onmogelijk als iets onrechtmatigs, als een handeling contra jus hebben beschouwd. Immers zijne onderscheiding van ludi illiciti en qui virtutis causa fiunt zou dan zeker niet berusten op een redelijken grondslag; het toekennen van de actie aan de laatsten, die dan toch als uit spel voortgesproten het uitvloeisel zou zijn van een onrechtmatige daad, zou een inconsequentie geweest zijn, waarvan wij den romeinschen wetgever niet zoo licht mogen verdenken.

Volgt uit het betoogde, dat de wetgever, veeleer dan een onverschilligheidspolitiek aan te hangen, een actieve rol heeft gespeeld, dan rijst in de tweede plaats de vraag: Door welke beweegreden heeft hij zich laten leiden?

Is misschien de meening van Portalis juist, die de thans bestaande bepaling van den Code civil verdedigde op dezen grond: »un joueur forme le voeu inhumain et impie de pros-

1) Gans, Beiträge zur Revision der Preussischen Gesetzgebung, p. 170.

»pérer au dépens de ses semblables; il est réduit à maudire »le bien qui leur arrive et à ne se complaire que dans leur »ruine." Werkelijk een schoone, poëtische ontboezeming, die echter, in koel proza overgebracht, zondigt tegen alle regelen eener gezonde logica. Vooreerst is het bepaald onjuist, dat de speler verlangt voorspoed te genieten ten koste van zijn naaste; zijn eenige wensch is te winnen, ten wiens koste is hem volmaakt onverschillig. De slechte gedachte, die Portalis hem toeschrijft, komt zelden in zijn gemoed op; hij wil bij het einde van het spel rijker zijn, maar verheugt zich volstrekt niet in het vooruitzicht, dat zijn tegenpartij armer naar huis zal gaan. Hij denkt er niet aan, om zich in diens ongeluk te verblijden of zijn geluk te verwenschen. Bovendien doet Portalis het voorkomen als of in den regel geheele vermogens verspeeld en minstens een der spelers totaal geruineerd wordt. Die feiten behooren goddank tot de uitzonderingen.

Trouwens, aan het spel op zich zelf in zijne oorspronkelijke gedaante kleeft geenszins de smet van onzedelijkheid; ook dan wanneer winstbejag de beweegreden der partijen is, mogen wij daartoe volstrekt niet besluiten. (1) Twee personen, die beiden zijn in het bezit hunner verstandelijke vermogens en de vrije beschikking over hunne goederen hebben, gaan met vrijen wil een overeenkomst aan, welke aan al de vereischten voldoet, die de wet voor de verbindbaarheid der contracten verplichtend stelt. (2) Ligt nu misschien het onzedelijke in den grond die partijen tot het sluiten van het contract bewoog? Maar wij zagen reeds dat deze bestond in de onzekerheid; en dat deze een geoorloofde grond is, blijkt voldoende uit de verbindende kracht

1) De godsdienstige bezwaren als zonde het spel zijn een »profanation du sort" zijn reeds wederlegd door Pothier, traité du jeu no. 4—7.

2) Art. 1356. B. W.

die aan alle andere kanscontracten is toegekend. »Maar", zeggen sommigen, »men verrijkt zich toch ten nadeele van een ander." Als het werkelijk de bedoeling des wetgevers geweest ware om daarom alleen spel en weddingschap te weren, dan ware zijn arbeid een onbegonnene geweest en had hij in dat geval tegen een tal van overeenkomsten, bepaaldelijk tegen de meest voorkomende, die van koop, den banvloek moeten slingeren. Zoo had hij b. v. nietig moeten verklaren elken koop en verkoop, indien later bleek dat hetzelfde voorwerp in dezelfde plaats voor veel minderen prijs verkrijgbaar was, op grond dat de verkooper zich verrijkt had ten koste des koopers. (1)

Ik zoek dan ook ten slotte de reden der beperkende bepaling in bijna alle wetboeken in iets geheel anders. Justinianus heeft in L. 3 C. de aleatoribus de oplossing van het raadsel gegeven. Zij is deze. Toen men sedert de middeleeuwen het beginsel pacta esse servanda huldigde, werd men daartoe geleid door de overweging, dat nagenoeg elke overeenkomst voldeed aan en bevredigde de behoeften van het maatschappelijk verkeer en handelsvertier. Immers bestaan zij grootendeels in wederkeerige ruiling van diensten, waardoor de productieve krachten vermeerderd en alzoo de algemeene welvaart bevorderd wordt. Deze is de rechtskundige en economische grond, waarop de algemeene verbindbaarheid der overeenkomsten, mits niet strijdig met de goede zeden of openbare orde, in het moderne rechtswezen is erkend. Voldoen nu spel en weddingschap aan deze vereischten? Kunnen wij zeggen dat zij evenals alle andere overeenkomsten maatschappelijke behoeften bevredigen, de pro-

1) De regel: »natura aequum est neminem cum alterius damno locupletiorem »fieri" is niet alleen op dit gebied, maar ook op menig ander misbruikt. Hij heeft alleen op het oog verrijking zonder rechtmatigen grond. Vgl. Christiansen, zur Lehre von den Naturalobligationen, p. 44.

Digitized by Google

ductieve kracht der natie vermeerderen, of tot bestemming hebben, gelijk b. v. bodemerij en verzekering, om een rechtmatig belang van het individu tegen toekomstige toevallige gevaren te waarborgen? Wie zal het beweren? Zij kunnen veilig worden gemist en zoo zij eens (pium votum!) plotseling verdwenen, het verkeer zou er niet onder lijden en niemand haar verdwijnen betreuren. En leverden zij nu slechts een onschadelijk genot op, men zou kunnen zeggen: de mensch leeft niet om den broode alleen. Maar één blik in het dagelijksch leven is voldoende, om hare nadeelige werking te leeren kennen. Bij den mensch strijden hartstocht en kalme redeneering steeds om den voorrang. Gebonden als hij is aan maatschappelijke conventiën en bezig gehouden door dagelijksche beslommeringen van allerlei aard, behoudt echter de laatste meestal de overhand. Zoo hij slechts in de behoeften der zijnen kan voorzien, zij het dan ook met opoffering van zijn rust en door onvermoeiden arbeid, is hij gelukkig en tevreden. Doch niet altijd laat de geldduivel hem met rust, niet altijd verlangt hij in het zweet zijns aanschijns te werken met matige winst. Dan maakt zich de hartstocht van hem meester, dan »fordert er das »Geschick heraus um ohne Arbeit zu erwerben (1)." Hij zet zich aan de speeltafel, de kleur van het goud schittert hem voor oogen, de gedachte dat hij met gemakkelijk verkregen rijkdom naar huis zal terugkeeren, verstikt de betere gevoelens die in zijn hart opwellen. Hij speelt en verliest, armoede en hongersnood grijnzen hem aan en het denkbeeld rijst bij hem op, het verlorene weder aan zijne tegenpartij, hetzij door list hetzij door geweld, te ontnemen. Zoo hij bij voorbeeld eens twist met den verleider zocht om hem te straffen voor den

1) Wilda, l. c.

glans waarmede hij hem verblindde. De onzalige gedachte rijpt tot uitvoering, en diefstal, moord of doodslag zijn de gevolgen van het spel.

Men noeme onze voorstelling niet overdreven. Het edict van den praetor, dat zich waarlijk niet te buiten ging aan dichterlijke voorstellingen, maar het gewrocht was van ervaring en praktische levenswijsheid, gewaagt reeds van tooneelen van twist en diefstal die zich ter gelegenheid van het spel plachten te openbaren (1).

Er is nog meer. Niet zelden keert na het verlies het bewustzijn des spelers terug, en wanhopig bij de gedachte dat hij zich en de zijnen in ellende heeft gedompeld, maakt hij door zelfmoord een einde aan de wroeging van zijn geweten. Met recht mocht Justinianus zeggen: alearum usus in lachrymas abiit! (2)

Ziedaar de ware en eenige reden, waarom oudere en nieuwere wetgevers hebben gemeend het spel door krachtige middelen te moeten tegengaan, niet aldus omdat het uit zijn aard onzedelijk

---

1) L. 1 D. de aleatoribus (XI. 5) „Si quis eum apud quem alea lusum esse dicetur, „verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore domo „ejus subtractum est, judicium non dabo. In eum qui aleae ludendae vim „intulerit, uti quaeque res erit animadvertam."

2) Bekend zijn de woorden van Mme. Deshoulière:

„Le désir de gagner, qui nuit et jour occupe,
„Est un dangereux aiguillon.
„Souvent, quoique le coeur, quoique l'esprit soit bon,
„On commence par être dupe,
„On finit par être fripon.

Zie ook Blackstone, l. c. D. IV, H. XIII, p. 195: „It is an offence of the „most alarming nature, tending by necessary consequence to promote public idle„ness, theft and debauchery among those of a lower class; and among persons of „a superior rank it hath frequently been attended by the sudden ruin of ancient „and opulent families, an abandoned prostitution of every principle of honour and „virtue, and too often hath ended in selfmurder."

was, maar omdat het tot onzedelijkheid uitlokte. Niet alsof het, zooals sommigen meenen, streed met de wetten der zedelijkheid, dat, terwijl de een werkt en zwoegt voor zijn onderhoud, de ander in één oogenblik door de gunst van het toeval rijkdommen kan verwerven — immers deze bijzonderheid kan zich bij ieder contract voordoen en is in elk geval daar aanwezig, waar ex causa lucrativa verkregen wordt, zooals bij de schenking, — maar veeleer, omdat het spel aanleiding geeft tot feiten die de maatschappelijke orde verstoren, en het leven en het vermogen der burgers in gevaar brengen, zonder dat al die nadeelen worden opgewogen door eenig maatschappelijk nut. In één woord, het misbruik onafscheidelijk aan het gebruik verbonden, was de leidende gedachte van des wetgevers verbod.

Is het denkbeeld dat Portalis met de woorden: »le pari participe »à tous les vices du jeu," uitdrukt, werkelijk juist? Zoolang de weddingschap haar oorspronkelijke natuur blijft behouden, zoolang de kleine inzet niets anders is als een straf voor koppigheid en betweterij, zeker niet. Zoodra zij echter deze grenzen te buiten gaat, zoodra winstbejag de beweegreden der partijen is en de weddingschap slechts dient pour sauver les apparences, zoodra zij eindelijk slechts een voorwendsel is om groote winst of groot verlies afhankelijk te maken van een onzekere gebeurtenis, verandert zij wel niet van natuur, maar deelen zich al de schadelijke gevolgen van het spel aan haar mede. Ook zij wordt dan de aanleiding tot een tal van misdaden, aan hebzucht ontsproten en door de hartstocht voortgeplant. De wetgever dus die, afwijkende van het door Justinianus gehuldigde beginsel, beiden met dezelfde maat heeft gemeten, handelde inderdaad consequent. Of evenwel, afgezien van de consequentie, die maat hem in staat stelde om zijn doel te bereiken, zal in de volgende paragraaf een punt van onderzoek uitmaken.

Het Pruisische Landrecht wijkt eenigszins van dit beginsel af door de bepaling van § 579, waar de actie wegens weddingschap wordt geweigerd, tenzij de te verwedden som of à comptant is ingezet of hetzij gerechtelijk, hetzij door de partijen zelf, aan een derde is in bewaring gegeven. Op zich zelf is voor deze bepaling veel te zeggen, in zooverre zij strookt met het in de meeste wetgevingen aangenomen stelsel, dat men niet stremmend tusschen beide mag treden, waar partijen verlangen uit eigen beweging aan hare verplichtingen te voldoen. Door het inzetten of in bewaring geven van beide zijden is het contract ten uitvoer gelegd ten voordeele van de eene of andere partij, en als het ware betaling gedaan onder de ontbindende voorwaarde: indien men overwinnaar zal zijn. Daarom gelooven wij dat de regel van § 579, zelfs nu hij niet in ons B. W. of in den Code civil is opgenomen, toch in ons recht en in het fransche zal moeten gelden. (1) Maar heeft men zich eenmaal, en te recht, voor dit beginsel verklaard, welke aanleiding kan dan de Pruisische wetgever bij mogelijkheid hebben gehad, om het systeem van gelijkstelling te verlaten en bij spel uit te sluiten, wat hij bij

---

1) Van deze meening is ook Paul Pont, l. c. p. 330; Duranton. l. c. p. 116, Troplong l. c. no. 193—203 en Diephuis l. c. D. VIII § 614 en § 615 beweren het tegendeel. Diephuis voert voor zijn gevoelen voornamelijk den grond aan, dat men niet spreken mag van een voorwaardelijke vooruitbetaling. Hij vergeet, dat bij het aangaan der overeenkomst door beide partijen werkelijk slechts in bewaring wordt gegeven; eerst na het vervullen der voorwaarde wordt betaald in den eigenlijken zin. De bewaarnemer heeft volmacht van beide partijen om eventueel betaling te doen aan den overwinnaar (art. 1421 B. W.) Het is dus onjuist „dat de winnende partij alleen als bewaargever kan worden beschouwd van hetgeen hij zelf „heeft ingezet, terwijl hij voor den inzet der andere partij als zoodanig geen vordering tegen derden zou hebben;" immers zijn beide partijen bewaargevers van hetgeen beide hebben ingezet. Het is alsof zij zeiden: wij, A en B, stellen u ter hand twee geldsommen, onder den last beide die geldsommen uit te betalen aan hem, die blijken zal winner te wezen.

weddingschap nuttig oordeelde? (1) Wellicht is de eenige grond dezer inconsequentie gelegen in gehechtheid aan de traditie van het romeinsche recht, dat spel en weddingschap uit een verschillend oogpunt beschouwde. De fout is overigens vermeden in het Oostenr. Wb. dat den regel van § 579 in § 1271 opnam en in § 1272 daarbij voegde: »Die für Wetten festgesetzten »Rechte gelten auch für Spiele."

Zoo de wetgever dus gemeend heeft door den strengen maatregel van het weigeren der actie, misbruiken van spel en weddingschap te moeten voorkomen, hij was aan den anderen kant van oordeel, dat hij niet belemmerend tusschen beide moest treden, daar waar partijen vrijwillig aan haar zedelijke verplichting hebben voldaan. (2) Van daar de bepaling van art. 1828 B. W., 1967 C. c. en § 578 Pr. Lr., terwijl § 1271 in verband met § 1272 Oost. Wb. duidelijk genoeg aantoont, dat ook daar hetzelfde beginsel is gehuldigd. (3) Door de condictio indebiti uit te sluiten handelde de wetgever verstandig; de angst voor misbruiken en schadelijke gevolgen,

---

1) Dat dit in zijn bedoeling lag, blijkt uit de uitdrukkelijke bepaling van § 579, waar alleen van Wette gesproken wordt.

2) Er staat vrijwillig, d. i. gij behoeft niet te betalen; maar doet gij het, niettegenstaande men u daartoe niet dwingen kan, dan kunt gij het betaalde niet terugvorderen. Dat het woord dien zin heeft, en niet staat in tegenoverstelling van betaling bij wijze van dwaling, geef ik Diephuis gaarne toe, o. a. op grond dat hetzelfde woord in dezelfde beteekenis voorkomt in art. 1395 B. W., dat geen onderscheid kent in de beweegreden der betaling.

3) Art. 1828 B. W: »In geen geval kan hij die het verlorene vrijwillig betaald »heeft hetzelve terug eischen, ten ware, van den kant van dengenen die gewonnen »heeft, bedrog, list of opligting hebbe plaats gehad."

Art. 1967 C. c. »Dans aucun cas le perdant peut répéter ce qu'il a volontairement »payé, à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant, dol, supercherie ou es»croquerie."

§ 578 Pr. Lr: »Was aber Jemand in erlaubten Spielen verloren und wirklich »bezahlt hat, kann er nicht zurückfordern."

die met de beide overeenkomsten hand aan hand gingen, bewoog hem, haar zooveel mogelijk te beperken. Op zich zelf, en dit strekke tot beantwoording van hen die haar rangschikken onder de obligationes illicitae en inutiles, hebben zij geen ongeoorloofden grond, maar de beweegreden die bij verzekering bestaat in de rechtmatige zucht om zich tegen toekomstige gevaren te vrijwaren, en hare rechtvaardiging vindt in de behoeften van het verkeer, spruit bij spel en weddingschap voort uit de onedelste drijfveeren van den mensch, uit zelfzucht en winstbejag, dat tot schromelijke gevolgen leiden kan. Daarom oordeelde hij haar zijner bescherming onwaardig, doch door verder te gaan zou hij zijn doel hebben voorbij gestreefd. Hij meende immers den vrijen wil der partijen niet aan banden te moeten leggen, »si le joueur plus sévère à lui-même que la loi s'est »tenu pour obligé." (Siméon). (1)

Er zijn er die een andere meening zijn toegedaan. Uit spel, zeggen zij, ontstaat noch een civiele noch een natuurlijke verbintenis, omdat er of geene of geen geoorloofde oorzaak aanwezig is. (2) Er zou dus een condictio indebiti kunnen worden ingesteld omdat er onverschuldigd is betaald, maar de wet sloot haar uit

1) Veel is getwist over de vraag, wat men onder betaling moet verstaan. Behoort daartoe h. v. het afgeven eener sohnldbekentenis? M. i. niet, omdat zij alleen de sehuld constateert. Daarentegen behoeft het naar do beginselen van het wisselrecht geen betoog, dat na de afgifte van een orderbriefje, wissel of ander papier aan toonder, alleen aan den winnor of oorspronkolijkon nemor, niet aan een derde geëndosseerde de oorsprong der sehuld als exceptie zal knnnen worden tegengeworpen. Zie art. 82 van de Duitsehe Wechselordnung: »De wisselsehuldenaar kan zich sleehts »van zoodanige exceptien bedienen, welke uit het wisselrecht zelve voortspruiten, »of hem persoonlijk eigen zijn tegen den oiseher."

2) Dit wordt reeds gevonden in de ord. van Janvier 1629 art. 138: »déchargés »de tontes ohligations civiles et naturelles." Portalis zegt in het eersto gedeelto van zijn exposé: »Or, quelle est la cause d'une obligation contractée au jeu? L'ineertitndo »de gain on de perte." Een weinig verder weerspreekt hij zieh zelf: »où done est »la cause de l'engagement? on n'en voit aucnne." Hetzelfdo beweert ook Duranton.

op grond, dat zij volgens art. 1965 C. c. (1825 B. W.) niet wilde dat de rechter zich met eenige schuld uit spel of weddingschap voortgesproten bezig hield, en het onbillijk vond, dat hij die door te betalen art. 1825 in den wind sloeg, nu toch konde terugvorderen. Wij wezen er herhaaldelijk op, hoe men steeds in gebreke is gebleven, het bestaan eener ongeoorloofde oorzaak te bewijzen. Zelfs zoo wij een oogenblik zouden aannemen dat er in ons recht van een causa civilis obligandi sprake kon zijn en dat deze in het winstbejag lag, dan nog zijn wij tot de vraag gerechtigd: waar heeft ooit de wet op grond van een dergelijke oorzaak nietigheid voorgeschreven? Spel of weddingschap is geen misdrijf, men kan beide overeenkomsten, zoolang zij niet zijn ontaard, niet eens onder de onzedelijke rangschikken (1). Waarom zouden zij dan geen rechtsgevolgen hebben of zou uit haar geen verbintenis geboren worden? Of kan men beweren dat de condictio indebiti zou zijn uitgesloten, omdat de wet elke actie weigert uit spel of weddingschap voortgekomen? Zonderlinge en gekunstelde redeneering, die ook door Diephuis wordt beaamd! Daargelaten dat in dit geval art. 1967 overbodig zou zijn als reeds in art. 1965 vervat, gaat deze bewering uit van de onjuiste vooronderstelling, dat de schuld uit spel of weddingschap zou zijn voortgesproten en niet veeleer uit de voldoening der schuld; immers niet de speelschuld is het voorwerp der actie, maar de betaling van het verspeelde.

Anderen willen een onderscheiding maken tusschen hoog en laag spel. Alleen in het laatste geval, beweren zij, is een causa licita aanwezig en ontstaat een natuurlijke verbintenis, in het eerste geval geldt ditzelfde niet. Dan immers treedt de hartstocht, niet de rede op den voorgrond, dan is de oorzaak

1) Op de paris à la hausse en à la baisse komen wij later terug.

der verbintenis ongeoorloofd, en ontstaat er zelfs geen obligatio naturalis (1), Wij hebben tegen die onderscheiding één kleine bedenking en wel deze: dat zij geheel buiten de wet staat. Bij ons en ook in het fransche recht is elk spel geoorloofd; de wetgever ziet in spel noch weddingschap iets onzedelijks of onrechtmatigs, al is de inzet zeer hoog, ja al zet men zijn geheel vermogen op één worp. Er is dus, ook van het standpunt van hen, die aan het bestaan eener causa in ons recht gelooven, een causa licita aanwezig. Hoe kan men er dan bij mogelijkheid toe geraken, om beide te rangschikken onder de nietige overeenkomsten (2)?

Mogen wij daarom met Paul Pont besluiten dat uit spel een civiele verbintenis voortspruit? zeker niet. Elk pactum, zegt hij (3), is bij ons civiel contract, zelfs zij die geen bepaalden naam hebben (art. 1107 en 1134 C. c., 1355 en 1374 B. W.) (4); spel en weddingschap zijn gebracht tot de contrats aléatoires, ergo zijn zij civiele contracten. Waren zij obligationes naturales, dan was art. 1967 bepaald overbodig door art. 1235 C. c. (1395 B. W.) (5). Het eenige verschil tusschen deze en andere civiele contracten zou dus volgens hem zijn: ontzegging

1) Troplong, l. c. p. 190.

2) Iets anders is het, waar de wetgever spel in sommige gevallen verbiedt en onder de misdrijven rangschikt. Toch handelde de Pruisische wetgever niet verstandig door in § 578 van erlaubte Spiele te spreken met het oog op § 266 strafwetboek. Niet het spel zelf immers wordt daar als de misdadige handeling beschouwd maar veeleer het »vom Hazardspiele ein Gewerbe machen."

3) l. c. p. 81 env.

4) Art. 1107 C. c: »Les contrats, soit qu' ils aient une dénomination propre, »soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet »du présent titre."

Ons art. 1355 is daarvan de letterlijke vertaling.

5) Art. 1235 C. c. »Tout paiement suppose une dette; ce qui a été payé sans »être du est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obli»gations naturelles qui ont été volontairement acquittées."

Ons art. 1395 is daarvan de letterlijke vertaling.

der actie. Om haar echter niet te doen verwarren met obligationes improbatae, zou de wetgever er dadelijk hebben bijgevoegd: het verlorene kan men niet terugvorderen. Men ziet dadelijk in, dat deze geheele redeneering in een cirkel ronddraait. Stellen wij toch dat art. 1967 (ons art 1828) niet bestond, waaruit zou men dan mogen besluiten, dat uit spel en weddingschap een obligatio naturalis ontstaat? Uit art. 1235 C. c.? Maar juist dit is betwist, of de obligatio uit spel en weddingschap is een obligatio naturalis en niet veeleer een obligatio illicita of improbata. Tot het afsnijden dezer kwestie was derhalve wel degelijk art. 1967 onmisbaar. Wij zijn het overigens met den schrijver volmaakt eens, dat waar van verbintenissen gesproken wordt, men in het algemeen daaronder civiele moet verstaan. Doch waar de wet, zooals te dezer plaatse, de twee eenige kenmerken, die bij uitsluiting aan natuurlijke verbintenissen eigen zijn (nec petitio nec repetitio) uitdrukkelijk heeft gesanctioneerd, kan er dunkt mij geen twijfel meer overblijven. En zoo handelt de wetgever volkomen consequent. Hij verbiedt spel noch weddingschap, hij weigert haar niet alle rechtsgevolgen, omdat beide uit haren aard niet onzedelijk zijn. Hij beschouwt den speler met een psychologischen blik door aan de ééne zijde te bedenken, dat hij uit vrijen wil de overeenkomst heeft aangegaan, maar door tevens niet uit het oog te verliezen, dat er tusschen hem en den bezadigden, kalmen mensch een hemelsbreed verschil bestaat. Gelijk nu b. v. het romeinsche recht den filiusfamilias door het Sctm. Macedonianum beschermde tegen een gevaarlijke geldleening (1), zoo meent ook de wet den door hartstocht verblinden dobbelaar onder hare hoede te moeten nemen, door hem tegen de verderfelijke gevolgen van het spel te vrijwaren. Maar gelijk dezelfde

1) Ik koos juist dit voorbeeld en niet dat van den impubes die zich verbond sine auctoritate tutoris, omdat over de obligatio van dezen nog altoos kwestie bestaat.

filiusfamilias, zoo hij geen gebruik wilde maken van het senatus-consultum en liever wilde betalen dan trouw breken, het eens betaalde niet kon terugvorderen (L. 9 § 5 L. 16 de Scto. Macedoniano XIV, 6), zoo kan ook de speler die meer zijn geweten dan het strenge recht raadpleegt, den inzet voldoen en later niet de condictio indebiti instellen.

Ik geloof dus mijn betoog in de stelling te mogen samenvatten: Uit spel en weddingschap ontstaat een obligatio naturalis. (1)

Overigens zijn de laatste woorden van art. 1828 B. W. en 1967 C. c. overbodig als reeds vervat in art. 1364 B. W. en 1116 C. c. (2)

Ten slotte wijzen wij op § 580 Pr. Lr. en § 1270 Oost. Wb., waar bepaald wordt, dat de weddingschap ongeldig (ungültig) is, als een der partijen van het feit in kwestie zekerheid had en dit voor de andere verborg. Elk der partijen houdt zijne bewering staande, de inzet is een straf voor het hardnekkig volhouden. Zoodra derhalve de een zegt: Napoleon is te Sedan gevangen genomen, en de ander beweert het tegendeel, dan ligt in hunne bewering wel is waar opgesloten: ik houd mij van de waarheid van dit gevoelen overtuigd, maar die overtuiging mag niet zóóver gaan, dat er voor een der partijen absolute zekerheid bestaat, berustende op eigen waarneming van onder het bereik der zintuigen vallende feiten. Dan immers ontzinkt de grond die partijen bewoog een rechtsbetrekking aan te knoopen, nam. de voor beiden bestaande onzekerheid. Daarom drukken de woorden: »die Wette ist ungültig", een valsch begrip uit. Waar een van de overeenkomenden, volkomen zeker van het feit in

1) Toullier l. c. D. III, no. 381; Dalloz l. c. no. 33; Zachariä, l. c. p. 479.

2) Art. 1116 C. c. »Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les »manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, »sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté."

Art. 1364 B. W. is daarvan de letterlijke vertaling.

kwestie, den ander tot de weddingschap uitlokte, door zich voor te doen alsof hij in onzekerheid verkeerde, zal de weddingschap niet krachteloos zijn wegens dolus, maar wegens ontstentenis van den grond der overeenkomst. De bepaling zou dus ook dan gelden, als de beide wetgevers haar niet hadden opgenomen, maar op een ander motief. (1)

Welke gevolgen en werking heeft nu deze obligatio naturalis behalve de uitsluiting der condictio indebiti?

Dat zij niet voor novatie vatbaar is, is uitdrukkelijk vastgesteld in art. 1827 B. W. (2) In het fransche, oostenrijksche en pruisische wetboek vinden wij een dergelijk artikel niet. De vraag is vooral in Frankrijk veel besproken of niet ook daar, zonder die bepaling, hetzelfde als bij ons zal moeten gelden. Wij zullen trachten haar te beantwoorden.

Is in het algemeen een natuurlijke verbintenis voor schuldvernieuwing vatbaar? Ik geloof het niet; overal waar de wet spreekt van verbintenissen zonder meer, verstaat zij daaronder een volkomen rechtsgeldige, van een actie voorziene verbintenis en heeft zij nimmer op het oog een zoodanige, waaraan slechts één enkel rechtsgevolg wordt toegekend, nl. de uitsluiting der condictio indebiti. (3) In het romeinsche recht was het anders; daar was in den regel alleen de actie ontzegd, terwijl andere gevolgen

1) Het wedden à coup sûr wordt door Keller, l. c. § 229, en Sintenis, l. c. § 123, p. 727 voor dolus gehouden. Anderen daarentegen zijn van meening: „dass ein „Dolus nur dann angenommen werden könne, wenn der welcher etwas gewiss weiss „sich den Schein eines Zweifelnden gibt" (vgl. Vangerow l. c. § 673 p. 524, Bluntschli, l. c. p. 141; Windscheid l. c. § 420) of wel als hij die zekerheid had den ander tot het aangaan der weddingschap uitlokte (Wilda l. c. p. 28).

2) Art. 1827: „Men mag de bepalingen der twee voorgaande artikelen door geene „schuldvernieuwing ontwijken." Zie ook art. 2906 O. 1820.

3) Vgl. Mr. J. E. Goudsmit in de Themis van 1848 D. IX p. 679.

als novatie, compensatie en versterking door borgtocht of hypotheek aan de natuurlijke verbintenis waren toegekend. (1) Dat de fransche en ook onze wetgever zich niet bij dat stelsel hebben aangesloten, blijkt reeds uit art. 1463 B. W. en 1291 C. c., dat compensatie van een speelschuld met een andere schuld onmogelijk maakt, omdat de speelschuld niet-voor opeisching vatbaar (exigible) is. Dat zij evenmin door novatie in een nieuwe verbintenis kan worden overgegoten blijkt hieruit, dat deze vooronderstelt een oude schuldverbintenis, waardoor, zooals wij zoo even aanmerkten, alleen een civiele, d. i. met een actie voorziene, kan worden verstaan. Evenmin kan van de geldigheid der borgtocht sprake zijn, daar de actie tegen den borg zou zijn eene uit spel en weddingschap voortspruitende, en alzoo het verdedigingsmiddel van den borg niet een exceptio personae sed rei cohaerens. (2)

Eindelijk nog eenige woorden over ter gelegenheid van spel geleend geld. Het Pruisische Landrecht bepaalt in § 581: »Gelder die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten, oder zu »Zahlung des dabei gemachten Verlustes bezahlt und gelichen »worden, können nicht gerichtlich eingeklagt werden." Wij zijn het volkomen met Gans (3) eens, dat dit beginsel in strijd is met het stelsel des wetgevers en tot schromelijke misbruiken kan aanleiding geven. De wetgever, ziet in spel of weddingschap niets onrechtmatigs; hij die geld leent om te spelen, draagt derhalve niet bij tot het verrichten eener handeling, die door het recht onvoorwaardelijk gewraakt wordt. Nog meer springt

---

1) L. 6. D. de conpensationibus (XVI. 2); L. 8 § 1 en § 3 D. de fidejussoribus (XLVI. 1); L. 1 § 1 D. de novationibus (XLVI. 2); § 1 Instit. de fidejussoribus (III. 21).

2) Art. 1449 B.W. en 1271 C. c. Art. 1838 al 2 B.W. en 2041 C. c; art. 2905 O. 1820.

3) l. c. p. 172 env.

dit in het oog, wanneer het geleende geld gediend heeft tot betaling eener reeds gemaakte speelschuld. De verliezer heeft geheel gehandeld in den geest des wetgevers, die hem niet wilde dwingen maar evenmin beletten aan zijne verplichtingen te voldoen, en die zelfs meende aan zijne eerlijkheid te moeten te gemoet komen, door hem het recht van terugvordering te ontzeggen, waarvan hij wellicht later uit spijt van een overhaaste betaling zou willen gebruik maken. En nu is de uitleener die hem die daad van eerlijkheid hielp volbrengen, ten slotte de eenige persoon die schade leidt. Nog een onbillijker geval kan zich voordoen; iemand neemt geld ter leen op tot spel of weddingschap, hij wint en wordt op die wijze tweemaal verrijkt. Vooreerst behoudt hij zijn winst en ten tweede beantwoordt hij den eischer, die zoo goed was hem het geld te leenen, met de exceptio ludi. Met de winst in zijn zak, die hij zonder aarzeling opgestreken heeft, zegt hij tot den vriend die hem hulp verschafte: gij hebt mij geld gegeven tot het bedrijven eener onzedelijke handeling, en ik gevoel dus geen behoefte om u het geleende terug te geven. Hoe het mogelijk geweest is, dat een wetgever dit ooit konde willen, is een raadsel, waarvan de oplossing, eensdeels gelegen is in een buitensporigen ijver, om de gevolgen van het spel zooveel mogelijk onschadelijk te maken, andersdeels in een slaafsche navolging van romeinsche beginselen, terwijl men vergat dat spel en weddingschap daar niet als geoorloofde overeenkomsten werden beschouwd, en, wat men ook tegen het stelsel als zoodanig moge aanvoeren, dit in elk geval consequent is volgehouden.

In ons recht, in het fransche en oostenrijksche vinden wij die absurditeit gelukkig niet, en ik sluit mij daarom aan bij degenen, die gelooven dat den uitleener wel degelijk de actie moet worden toegekend. Immers men kan niet beweren dat de schuld is voortgesproten uit spel; de eene overeenkomst

heeft hoegenaamd niets met de andere te maken. Zelfs zoo de uitleener wist waartoe zijn hulp strekken moest, blijft de beslissing dezelfde, omdat hij dan tevens wist dat hij leende tot een doel dat door den wetgever niet ongeoorloofd verklaard was. Evenmin doet het er iets toe of een derde aan den speler of deze aan zijn tegenpartij leende. In het laatste geval toch was het spel een oogenblik gestaakt tot het sluiten eener nieuwe, daarvan geheel en al onafhankelijke overeenkomst. Hoe men de zaak ook beschouwe, de rechter zal den eisch tot terugvordering steeds moeten toewijzen als het feit der leening zelf voldoende bewezen is.

Dit voor zooverre den regel omtrent spel en weddingschap betreft. Wij komen thans tot de uitzondering, die in den Code civil in art. 1966, in ons B. W. in art. 1826 is gemaakt (1). Aan een bepaald soort van spelen, die nl. welke geschikt zijn tot lichaamsoefening (qui tiennent à l'adresse et l'exercice du corps) is rechtsgeldigheid toegekend in zooverre dat de wet te dier zake een rechtsvordering toestaat, maar tevens den rechter de bevoegdheid verleent den eisch te ontzeggen, als hem de som bovenmatig toeschijnt, en in ons recht zelfs te verminderen.

Men ziet, dat men niet geheel van het romeinsche recht is afgeweken. De oude naam van ludi virtutis causa is veranderd

1) Art. 1966 C. c. „Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses „à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de „même nature qui tiennent à l'adresse et l'exercice du corps, sont exceptés de la „disposition précédente. Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande, quand la „somme lui parait excessive."

Art. 1826 B. W. Onder de hier bovenstaande bepaling zijn echter niet begrepen „die spelen, welke geschikt zijn tot lichaamsoefening, als het schermen, wedloopen „en dergelijke,

„Niettemin kan de rechter den eisch ontzeggen of verminderen, wanneer hem „de som overmatig toeschijnt."

in dien van spelen die geschikt zijn tot lichaamsoefening. Wat moeten wij thans daaronder verstaan? Het fransche recht geeft eenige voorbeelden op zooals balspel, wedloopen, wedrennen, welke twee laatste voorbeelden Pont (1) op het zonderlinge denkbeeld hebben gebracht, dat de bepaling van art. 1966 ook op weddingschappen toepasselijk is. Natuurlijk, voegt hij er bij, alleen als de wedders zelf aan de weddingschap deelgenomen hebben, b. v. twee zwemmers bij een zwemwedstrijd. Wij zagen reeds vroeger, dat wij in dit geval met spel te doen hebben. Bovendien wordt er uitdrukkelijk van spelen (jeux) gesproken.

Overigens is deze bepaling een bron geweest van veel twistgeschrijf. Behoort b. v. het billard tot de spelen »qui tiennent »à l'adresse ou à l'exercice du corps" (2)? Geheel verkeerd handelen zeker zij, die aan deze uitzondering een zoo uitgebreide beteekenis hechten als Dalloz en Troplong, die van oordeel zijn dat de middeleeuwsche verdeeling in jeux de pur hasard (Glücksspiele), jeux d'adresse of d'habileté (Kunstspiele) en jeux mixtes (gemischte Spiele) op onze wetgeving is toegepast. Zij beroepen zich op het gezag van Siméon, die in zijn rapport o. a. deze woorden gebruikte: »De ces motifs naissent de raisonnables exceptions; les »jeux d'exercice, ceux qui ne sont pas fondés sur le pur hasard et »auxquels se mêlent des calculs et des combinaisons, ces jeux sont »utiles les uns à développer les forces physiques, les autres à exercer »les forces intellectuelles." Zoo dit waar was, zou zich zeker het zonderlinge verschijnsel voordoen, dat de uitzondering regel werd, want er is bijkans geen spel denkbaar, zooals wij reeds in deze af-

1) l. c. p. 291.

2) Zachariä l. c. p. 479 en Rogron, l. c. op art. 1966, beantwoorden dit ontkennend; Pont, l. c. p. 289 bevestigend, m. i. te recht omdat het billard vooral de physieke krachten ontwikkelt door de aanhoudende beweging. De uitdrukking: »qui tiennent à", is nauwkeuriger dan: »geschikt tot."

deeling opmerkten, waar niet hetzij de vaardigheid der partijen, hetzij een onverstoorbare kalmte, hetzij een behendigheid in het bespieden der gelaatstrekken van de tegenpartij over den uitslag van het spel gedeeltelijk beslist (1). Zoo kwam men er dan ook toe om het schaakspel onder de uitzonderingen op te nemen; van daar tot aan l'hombre, whist en écarté is slechts één schrede en zoo zou langzamerhand de bedoeling des wetgevers geheel verijdeld zijn. Wij moeten dus veeleer aannemen, dat niet deze verdeeling, die trouwens van geen nut is noch in het burgelijk, noch zelfs zooals wij later zullen zien in het strafrecht, maar veeleer de oude romeinsche door het fransche en nederlandsche wetboek is gehuldigd. Zelfs dan echter steunt zij op geen redelijken grondslag. Dezelfde misbruiken toch, die het gewone spel kenmerken, kleven ook dikwijls de spelen geschikt tot lichaamsoefening aân. Het oorspronkelijk doel, ontwikkeling der physieke krachten, treedt meestal op den achtergrond, en winstbejag is in vele gevallen de beweegreden der partijen. Nu mag daartegenover een nuttige zijde staan, maar deze kan ook bij elk ander spel aanwezig zijn, hetzij het tot uitspanning dient of wel het verstand oefent en scherpt. Meent men eenmaal het spel om zijne misbruiken te moeten beperken, men doe dit dan ook steeds waar hartstocht de spelers tot uitersten drijven kan, m. a. w. men verbiede of liever beperke elk spel om geld, zonder ééne uitzondering te maken (2). Men vrage niet naar de bedoeling

1) Evenmin zijn er zuivere Kunstspiele. Steeds speelt het toeval een grootere of kleinere rol. Zoo beslist zelfs bij het meest gecompliceerde kaartspel het toeval, wie de eerste kaart zal uitspelen, en het lot van een solo of misère is daarvan veelal afhankelijk.

2) De onderscheiding van jeu désintéressé en interessé door Pothier en Tropling gemaakt is op het gebied van het recht van geen belang, daar het eerste nooit tot een actie kan aanleiding geven. Evenzeer zijn bij hen en andere schrijvers volmaakt overbodig de regelen die zij opgeven, dat ook bij geoorloofd spel zullen moeten gelden. Zij vloeien natuurlijk voort uit de algemeene regelen omtrent overeenkomsten, b. v. fidélité dans le jeu (bona fides) enz.

der partijen, men vrage niet, of winzucht dan wel uitspanning haar beweegt, maar veeleer lette men op de gevolgen, die elk spel dat niet geheel belangeloos is, uit zijnen aard na zich slepen kan.

Alsof de fransche en onze wetgever hunne inconsequentie inzagen en terugdeinsden voor de mogelijke schadelijke gevolgen van hun stelsel, bepaalden zij, dat de rechter zoo hem de inzet bij de bevoorrechte spelen bovenmatig toescheen, bevoegd was den eisch te ontzeggen. Zij gingen dus uit van de onderstelling, dat in dergelijk geval de lichaamsoefening slechts als voorwendsel is gebruikt, om het werkelijk doel, winstbejag, aan het wakend oog van het recht te doen ontsnappen. De Code echter handelde ten minste in dit opzicht consequent. Hij gaf de actie daar, waar hij uit de geringheid van den inzet mocht opmaken, dat het spel oefening van het lichaam ten doel had; hij weigerde haar, als een bovenmatige som of het soort van spel waarmede de spelers zich bezig hielden, duidelijk hun werkelijke beweegreden openbaarde. Niet alzoo onze wetgever, die den rechter de bevoegdheid toekende om de bovenmatige som te verminderen. Het wordt nu inderdaad moeilijk, om in het doolhof zijner gedachten den weg te vinden. Niet het verschillend doel der spelers is het, dat hem leidt of hem een voldoenden waarborg tegen mogelijke misbruiken oplevert, hij wil ook op het quantum van den inzet hebben gelet. Nu zou men denken: zoo de inzet te groot is, dan blijkt daaruit duidelijk de wil der partijen om winst te behalen, en moet dus de actie worden ontzegd. Maar neen, als men die bovenmatige som slechts binnen zekere grenzen beperkt, dan wordt te gelijkertijd de gansche natuur der overeenkomst gewijzigd en verandert zij, hoezeer uit hebzucht aangegaan, in een nuttige, physieke krachtsinspanning. Een fraai stelsel voorwaar, en een bewijs te meer van het weinig

doorzicht, waarmede men bij de vaststelling dezer afdeeling is te werk gegaan.

Overigens nog een woord van beklag en medelijden met den rechter, die geroepen wordt om art. 1966 C. c. of art. 1826 B. W. toe te passen, door te beslissen wat bovenmatig is. Zelfs Thöl, die zich in beginsel met het zooeven bestreden stelsel vereenigt, moet bekennen: »Der Durchführung dieses Princips »treten aber unübersteigbare Hindernisse entgegen." Wie zal ontkennen, dat dit werkelijk waar is? Wie toch vermag te bepalen de evenredigheid van den inzet tot het vermogen der spelers? De rechter zou, met nauwgezetheid handelende, moeten dringen in het onschendbare, private leven en dan nog zich door zijn subjectief oordeel moeten laten leiden, om de matigheid of bovenmatigheid te bepalen.

Wij besluiten alzoo met den wensch, dat bij een eventueele herziening onzer wetboeken ook art. 1826 uit ons B. W. moge verdwijnen. (1)

---

1) Volledigheidshalve voegen wij hierbij het engelsche recht:

Stat. 16 Carol. cap. 7: Zoo iemand speelt of wedt op crediet en meer verliest dan 100 £ St. dan wordt tegen hem geen actie toegekend, maar zal deze ten bate van den informer het driedubbele moeten betalen.

Stat. 9 Anna cap. 14 bepaalt: „that all bonds and other securities, given for „money won at play or money lent at the time to play withal shall be utterly „void;" elk contract is nietig, waarbij men zich op eenige wijze verbindt om een speelschuld te betalen; verder wordt de condictio indebiti toegekend aan ieder die tegelijk 10 £ St. of meer verloor, mits hij binnen drie maanden ageere. Doet hij dit niet, dan mag elkeen zijn plaats innemen en driemaal de waarde vorderen, half voor zich en half voor de armen van het kerspel.

Stat. 13 Geo. III cap. 19 wettigde de wedrennen te Newmarket, Black Hamilton enz. zoo er een prijs was uitgeloofd boven de 50 £ St. Liep een paard voor een prijs onder die som, dan moest de eigenaar 200 £ St. boete betalen en de uitloover 100 £ St. Over hetzelfde onderwerp handelde stat. 18 Geo. II cap. 34.

Stat. 13 Geo. III. cap. 19 is van kracht beroofd door stat. 3 en 4 Victoria pag. 5.

Stat. 8 en 9 Victoria C. 109 S. 18 straft houders van speelhuizen en bepaalt:

§ 4.

Jus constituendum.

»Wat mij betreft, ik zou het boek waarin men de geboorte »en den voortgang van deze besmetting klaarlijk ontvouwde, en »de hulpmiddelen daarvoor zorgvuldig aantoonde, beschouwen »als een der waardigste geschenken, welke de philosophie aan de »staatkundige en burgerlijke orde geven konde."

Zoo schreef Dusaulx in 1778 (1). Hebben misschien de moderne wetboeken dat onschatbaar geschenk aan de menschheid gegeven? Is men wellicht in onze eeuw geslaagd, paal en perk te stellen aan de misbruiken, die door alle eeuwen heen, en bij alle natien aan het spel en de weddingschap waren verbonden?

Vooral de ervaring noopt ons, deze vraag ontkennend te beantwoorden. Voordat wij er echter toe overgaan haar getuigenis in te roepen, willen wij eerst tegen het stelsel der hedendaagsche wetgeving een bezwaar van rechtskundigen aard aanvoeren. Waaraan toch ontleent een recht, dat, steunende op

"all contracts or agreements, whether bij parol or in writing, bij way of gaming "or wagering, shall be void, and no suit shall be bronght or maintained in any court of "law or equity for recovering any sum of money or valuable thing, alleged to "be won upon any wager or which shall have been deposited in the hand of any "person, to abide the event in which any wager shall have been made." Een uitzondering is toegelaten "for lawful game, sport, pastime or exercise".

Vgl. Blackstone l. c. D. IV c. 13 p. 193 env., en het supplement p. 308 Parson, the law of contracts, D. II p. 626 env.; John William Smith, the law of contracts, p. 213 env.

§§ 8, 9 en 10 van de revised statutes of the state New-York verklaren dat, "all wagers, bets or stakes shall be unlawful;" ook alle contracten bij gelegenheid daarvan aangegaan zijn nietig. Altijd is de condictio indebiti toegelaten tegen den winner of depositaris, zelfs als deze reeds uitgekeerd heeft. Eindelijk zijn van deze bepaling uitdrukkelijk uitgezonderd verzekering en bodemerij. Ook omtrent spel zijn zware verbodsbepalingen, die niet worden uitgevoerd.

1) Hollandsche wet, aangehaald bij van Meurs l. c. p. 1.

Germaansche goede trouw, den regel »pacta esse servanda" algemeen gehuldigd heeft, het recht, om aan spel en weddingschap het dwangmiddel te ontzeggen? Dat zij op zich zelf niet onzedelijk zijn, merkten wij herhaaldelijk op; dat van geen ongeoorloofde oorzaak sprake kan zijn, trachtten wij reeds vroeger te bewijzen. Gaat het nu werkelijk aan, op grond van mogelijke misbruiken twee overeenkomsten te beperken en slechts gedeeltelijk van rechtsgevolgen te voorzien? Of zou men wellicht de overeenkomst van koop geen volkomen erkenning waardig achten, omdat de verkooper soms tracht den kooper te bedriegen en de markten dikwijls tooneelen opleveren van verwarring of twist? Wie zal het beweren! En toch, hetzelfde doet zich ook hier voor. Ook hier geldt het »een bedenkelijke beperking der »individueele vrijheid, die niet kan gezegd worden in 't belang »der goede zeden of openbare orde noodzakelijk te zijn" (1), en die, voegen wij er dadelijk bij, toch geen doel treft, ja zelfs juist het omgekeerde gevolg te weeg brengt, van wat men er mede beoogt. De geschiedenis van het oude en nieuwe recht is ook in dit opzicht een leermeesteres, en stelt de onmacht des wetgevers op dit gebied in een helder licht. Ziet de Romeinen: is er minder gespeeld, omdat een senatusconsultum het spel verbood en de houders van speelhuizen in zekeren zin buiten de wet stelde? De bepalingen, die Justinianus in den Codex noodig oordeelde, bewijzen het tegendeel. Slaat een blik op Engeland: wordt er minder gewed, omdat een statuut van Victoria de overeenkomst van weddingschap verklaarde te zijn van nul en geene waarde (null and void)? De Derby wedrennen zijn daar, om tegen deze meening te getuigen. Of hebben wellicht de strenge verbodswetten in Frankrijk iets uitgericht om het kwaad te keeren?

1) Prof. Asser, in de Gids van Maart 1869, p. 590.

De speelhuizen van Parijs leveren tooneelen op van ongebondenheid en misdaad, door de pen van vele uitstekende romanschrijvers op zeer realistische wijze beschreven. Zoo is het altijd geweest en zoo zal het altijd blijven, zoolang de wetten handelingen wraken, die op zich zelf niet onzedelijk, slechts wegens buitensporigheid te gispen zijn. Want men bedenke het wel; het recht zelf sloot de condictio indebiti uit, omdat aan een eigenlijk indebitum niet kan worden gedacht (1). Het nam aan, dat de overeenkomst van spel niet onzedelijk of tegen de openbare orde was, dat, zooals Troplong (2) het uitdrukt »jouer »n'est pas commettre une mauvaise action." Het wilde alleen de misbruiken keeren, en verzette zich niet als de verliezer in foro conscientiae zich tot betaling verplicht achtte.

Helaas, hoe weinig slaagde de wetgever in zijn edele bedoelingen! Hoe spoedig kwam zijn onmacht aan het licht, toen een bestrijder verrees van zijn stelsel, tegens wiens aanvallen hij niet bestand was: de openbare meening!

Twee personen, wij herhalen wat wij reeds vroeger zeiden, zetten zich met hun vrije toestemming aan de speeltafel; hunne kansen staan gelijk; de een echter is een eerlijk, nauwgezet man, de ander een chevalier d'industrie. Beide spelers zijn op het oogenblik niet ruim bij kas en komen overeen, dat de winner den verliezer crediet zal verleenen. Welnu, zoo de eerlijke speler verliest, zal hij na eenige dagen zijn schuld geheel afdoen en zijn tegenpartij, bij wie nooit het plan bestond eerlijk te zijn, zal zich zonder wroeging met het geld verwijderen. Op hem is volkomen toepasselijk het woord van Shake-

1) Naief is de bewering van Pothier, als zoude de winner zelf, zoo hij een fatsoenlijk man is, zich verplicht achten het gewonnene terug te geven of subsidiairement te besteden à des oeuvres pieux. Dit is, zegt hij," une obligation dont »nous sommes tous comptables à Dieu".

2) l. c. p. 39.

speare: »not play false and yet wrongly win." Zoo daarentegen het toeval zich tegen hem keert, zoo hij aan zijne tegenpartij een grootere of kleinere som als periculi pretium zal hebben te betalen, zal deze dikwijls te vergeefs uitzien naar den gevlogen vogel. Beproeft later de winner de speelschuld bij den rechter op te eischen, de verliezer zal met een onbeschaamd gezicht antwoorden: ik ben u niets schuldig, want wij hebben gespeeld. »Zoo gaf men een premie aan de kwade trouw." (1)

Is het wonder, dat de openbare meening des trouwbrekers handeling niet bekrachtigde? Wel verre, dat dit het geval zou geweest zijn, hield zij vast aan het beginsel: een man een man, een woord een woord, en niet lang of het woord ter gelegenheid van spel gegeven, werd als heilig en onschendbaar beschouwd. Geen man van eer had den moed, zoo hij in staat was te betalen, het in spel verlorene onbetaald te laten. Weigerde iemand, den prijs te voldoen die voor het een of ander verkochte voorwerp was bedongen, wat nood? de rechter zou hem er wel toe dwingen en bovendien, door hem in de kosten van het proces te veroordeelen, hem nog dikwijls een straf opleggen voor de oneerlijke poging, om zich aan zijne verplichtingen te onttrekken. Maar wie zou den lagen speler dwingen tot het betalen zijner speelschuld? Wie hem straffen zoo hij zijn woord brak? De wetgever weigerde die taak op zich te nemen, de maatschappij belastte zich er mede. Zij maakte van de speelschuld een dette d'honneur die, juist omdat zij de actie miste en slechts op zedelijken grondslag steunde, heiliger scheen dan ieder andere schuld. Zij bestempelde hem, die van de exceptie wegens spel gebruik maakte met den naam van eerlooze en verklaarde

1) Momvisch, in de Themis, tweede verzameling. D. XV, p. 315

hem onwaardig onder mannen van fatsoen zijn rang te handhaven (1).

Zoo werd de speelschuld een schuld van eer, en dit is zij gebleven door alle tijden heen en bij alle volken, ten spijt van, of liever juist om de strenge verbodswetten. »Le vrai type," zegt Troplong l. c. »du joueur français (?) est dans ce Valère »dépeint par Regnard à son image avec tant de finesse, de saillie »et de profondeur. Valère éconduira sans remords le carossier et »le tailleur, qui réclament des dettes criardes, et lorsque viennent »les mémoires des fournisseurs, il dira tranquillement: rien ne »porte malheur comme payer ses dettes. Mais parlez lui des »engagements contractés au jeu, c'est bien autre chose! Rien »n'est plus sacré, et ce mot: Oh! non c'est un dépôt, est un trait »admirable de comique et de vérité." Zie daar een beeld aan het dagelijksch leven ontleend; nu goede trouw en eerlijkheid de eenige waarborgen zijn voor de voldoening van het toch werkelijk verschuldigde, druischt het in tegen alle beginselen van moraliteit, om de exceptie wegens spel tegen te werpen, waar men zonder wroeging het geld van een ongelukkigen verliezer had opgestreken. Daarvan moest heiligheid der speelschuld het onvermijdelijk gevolg zijn en wie zal, met het oog op den actueelen toestand, niet instemmen met een begaafd schrijver: als hij zegt »werden alle schulden zoo spoedig betaald als speel»schulden, de crediteuren zouden er wel bij varen." (2)

---

1) "Troplong, l. c. no. 43. "Mais les moeurs plus indulgentes que les lois ré"putaient les dettes de jeu dettes d'honneur, précisément parceque la justice ne "les voulut pas reconnaître." Een aardig voorbeeld tot staving van dit gezegde vinden wij bij Merlin l. c. en Toullier l. c. no. 331; terwijl nl. in Frankrijk de strengste speelverboden bestonden, vaardigde le tribunal de maréchaux, die over kwesties van eer recht sprak, een ordonnantie uit (6 Mei 1768), waarbij de actie wegens speelschuld tegen militairen en edellieden tot 1000 livres werd toegelaten.

2) Momvisch, l. c.

Wij zien dus dat de wetgever, wel verre van zijn doel te bereiken en spel en weddingschap uit te roeien, veeleer medegewerkt heeft tot hare verspreiding, toen hij weigerde tusschen beide te treden, waar de speler weigerde aan zijne verplichtingen te voldoen. De openbare meening trad op als zedemeesteres en was een krachtiger dwangmiddel dan alle mogelijke acties. Zoo zien wij hier wederom hetzelfde merkwaardig verschijnsel als bij het woekerverbod, dat nl. de wetgever door een op zich zelf niet onzedelijke handeling als zoodanig te brandmerken, zijn doel is voorbijgestreefd en, in plaats van de kwaal weg te nemen, veeleer tot hare verspreiding heeft medegewerkt. De feiten die het maatschappelijk leven ons dagelijks ter bevestiging van het gezegde aanbiedt, maken alle wederlegging onmogelijk. Doellooze beperking leidt tot wetsontduiking. Ook hier is weder »die Wirkung »im Leben des Gesetzes Probestein." (1)

Is er dan geen middel, zal de man van strenge zeden en ingetogen levenswandel uitroepen, om dien kanker der maatschappij uit te roeien? Inderdaad, wanneer wij letten op de vele onheilen, die de hartstocht van het spel dagelijks aanricht, op de talrijke slachtoffers die de onzalige dorst naar goud ten verderve leidt, als wij aan de speelbanken, te midden van alles wat natuur en kunst schoons opleveren, de verwrongen gelaatstrekken van menigen teleurgestelden speler gadeslaan, zoo is dit alles wel in staat, ons eerbied in te boezemen voor elke poging, die beproefd wordt om het kwaad te keeren. Maar men kome niet met onpraktische aphorismen en holle klanken aan.

1) Portalis drukt datzelfde denkbeeld goed uit met de woorden: »la loi gouver»nerait mal si elle gouvernait trop," maar hij wordt ons later ontrouw, omdat hij, even als de andere verdedigers van en rapporteurs over deze afdeeling te veel uitgaat van theoretische beschouwingen, en zijn oog sluit voor de op dit gebied zoo rijke bron der ervaring.

Een gezegde als dat van Montaigne: (1) »le vrai moyen serait »d'engendrer aux hommes le mépris de l'or," brengt ons niet verder. Zoolang de behoeften der menschen bevrediging verlangen, zal de zucht naar goud een der drijfveeren hunner handelingen zijn. Hun daarvoor onverschilligheid, ja zelfs verachting in te boezemen, ware, zelfs zoo die gedachte voor verwezenlijking vatbaar was, een zonde tegen de economische beginselen. Daarom zal ook elke poging van den wetgever moeten mislukken. Zijne verbodsbepalingen zal men in den wind slaan en zijn onmacht zal aan het licht komen, zoolang het hem niet vergund is, de natuur van den mensch te veranderen.

Moeten wij daarom wanhopen en de handen mismoedig in den schoot leggen? verre van daar! Want er is een wet, zegt Rousseau, niet gegrift in marmer of koper, maar in de harten der burgers, een wet, die elken dag nieuwe krachten verzamelt en die, als alle andere wetten verouderen of in onbruik geraken, deze aanvult en verjongt. »Cette loi si solide, ce sont les »moeurs." En wie twijfelt, dat aan de zeden een bepaalde richting kan worden gegeven? Goed onderwijs, dat geneesmiddel van alle maatschappelijke kwalen, gepaard aan de gelegenheid tot gepaste en zedelijke volksvermaken, opdat de massa zich ontwikkele en leere inzien, wat haar waarachtig belang is, zal ook hier het eenige middel zijn om het kwaad, zoo niet geheel uit te roeien, dan toch aanmerkelijk te verminderen. Men overtuige het volk van de zoo dikwijls verkondigde en toch zoo zelden behartigde waarheid, dat bij spel gewonnen goed zelden gedijt; men trachte het te doen inzien, dat alleen arbeid ons gemoed waarlijk bevredigt en ons leert vermijden, met inspanning verkregen vruchten roekeloos te verkwisten. Is eenmaal de massa door den

1) Essais, L. I ch. 43.

invloed van onderwijs en zedeleer krachtiger en zedelijker ontwikkeld, niet langer] zal dan de openbare meening den speler behandelen als haar troetelkind of zijne heldendaden uitbazuinen, door er b.v. met opgetogenheid van te gewagen, hoe een Garcia een speelbank springen liet. Integendeel, hij zal op hem wijzen als op een afschrikkend voorbeeld voor het jongere geslacht, als de personificatie van lediggang en hebzucht. Volksonderwijs, wij kunnen het niet genoeg herhalen, en volksontwikkeling zullen meer vermogen dan afgetrokken bespiegelingen in strijd met levenservaring en levenswijsheid, en de voorschriften eener gezonde zedeleer meer dan een ijdel wetsartikel.

Gemakkelijk valt het ons thans, onze beschouwingen in het kort samen te vatten. Immers, hebben wij bewezen dat spel en weddingschap als volkomen rechtsgeldige overeenkomsten moeten worden erkend, dan zal daar althans, waar de regel »pacta esse servanda" de hoeksteen is van het contractensysteem, de stelling gerechtvaardigd zijn:

Bijzondere bepalingen omtrent spel en weddingschap moeten uit de wetboeken worden verwijderd. (1)

1) Treffend zegt Bender (Beilageheft zum 15ten Bande des Archivs für civilistische Praxis die Lotterie, p. 39 noot 4): »Die Rechtsansichten der Römer über Spiele »und Wetten sind schroff, einseitig, für nnsere Zeit nnpassend. Man lasse Spiele »und Wetten ruhig gehen, bezweifle ihre Klagbarkeit nicht nnd schneide nur »Auswuchse ab. Kein Mensch hält mehr Spiele und Wetten für sich unstatthaft, »aber sie können es in der Uebertreibung werden. Die Gesetzgebung kann darum »nur die Aufgabe haben, gegen Uebertreibungen nachdrücklich ein zu schreiten."

Afdeeling 2.

De overeenkomst van koersverschil en het premiecontract.

Wanneer wij in tijden van crisis den koers der staatspapieren den eenen dag eenige percenten zien dalen, den anderen dag rijzen en te gelijkertijd kooplieden, die tot nog toe als soliede in de handelswereld bekend waren, hunne betalingen plotseling zien staken of aan hun schuldeischers een accoord aanbieden, dan rijst al dadelijk het vermoeden bij ons op, dat zij zich met roekelooze speculatien hebben ingelaten, en de woorden ontbreken ons om onze verontwaardiging uit te drukken. Geen gevoel van mededoogen komt bij ons op, wij wijten hun ongeluk slechts aan hen zelf, en vergeten maar al te dikwijls, dat onvoorziene omstandigheden de meest juiste berekeningen kunnen doen falen. Die hartstochtelijke beschouwingen nu, geput uit de ervaring van het dagelijksch leven, zijn op recht en wetgeving van onmiskenbaren invloed geweest. Ja zelfs de weinige juristen van deze en de vorige eeuw, die tot onderwerp hunner studie de beursspeculatien kozen, verlieten bijna allen het rechtskundig standpunt, waarop zij zich toch bij uitnemendheid hadden moeten plaatsen, en lieten den vrijen loop aan hun dichterlijke verbeelding. Zij schetsten met donkere kleuren al de nadeelen van die onzedelijke en ongeoorloofde speculatien, zij schilderden ons den vader van een groot gezin, die in één oogenblik de zijnen tot den bedelstaf bracht, en eindigden met den wetgever en den rechter op het hart te drukken, naar een middel te zoeken, om aan dergelijke rampzalige overeenkomsten rechtsgevolgen te ontzeggen. Had nu die ongelukkige bepaling »pacta esse servanda"

slechts niet bestaan! Maar daar was nu eenmaal niets aan te doen; zij maakte het hoofdbeginsel uit van nagenoeg elk contractensysteem, en was te zeer doorgedrongen in merg en been van het modern verkeer, om met goed gevolg een aanval op haar te wagen. Wat nood! Was er dan niet op den regel van algemeene verbindbaarheid der contracten een uitzondering toegelaten? zoo men eens beproefde de speculatien daaronder te rangschikken, dan was immers de zedelijkheid geholpen, zij het dan ook ten koste eener streng juridische redeneering. Toen men eenmaal op dit denkbeeld gekomen was, werd er gesophisticeerd en gedraaid en gewrongen, totdat eindelijk de makers fier op hun werk, met voldoening uitriepen: wij hebben het gevonden, de meeste en meest gevaarlijke speculatien zijn spel of weddingschap. Thans was de zaak gezond; spel en weddingschap geven geen actie, speculatie is spel of weddingschap, ergo. Tevreden met de verkregen resultaten schreven zij ze in bezielde taal neder, en overtuigden den rechter die niets liever wilde dan overtuigd zijn. Nog de tegenwoordige rechtspraak draagt daarvan duidelijke sporen. Wij zullen aanstonds de gelegenheid hebben daarop terug te komen (1).

Wij wenschen hier niet op te treden als verdedigers van de speculatie in staatspapieren. Wij wenschen niet, tegenover de groote nadeelen die uit den aard der zaak elke onderneming aankleven, welke aan de kans van belangrijke winst of verlies en aan plotselinge wisselingen van het toeval zijn blootgesteld, te wijzen op de vele goede zijden, die aan dezen vorm van het

1) Boekdeelen zijn vol te schrijven met uitroepingen, gezwollen phrasen en scheldwoorden, den speculant naar het hoofd geworpen: dat men zich verkocht heeft aan den duivel, dat men is „der Mörder des Selbstmörders," is schering en inslag. „Solche Exclamationen" zegt Bender (Archiv, D. VIII: Der Verkehr mit Staatspapieren p. 121,) „gehören zu einer gewissen Irritabilitätstheorie."

verkeer in hoogen mate eigen zijn. Mannen van rijpe ervaring, staathuishoudkundigen van naam, hebben die taak reeds in talrijke geschriften voortreffelijk vervuld (1). Slechts één verplichting hebben wij op ons genomen en wel deze: de redenen te ontvouwen, waarom speculatien in staatspapieren, mits niet ontaardende in agiotage, niet op één lijn kunnen worden gesteld met spel en weddingschap, m. a. w. te bewijzen, dat zij voldoen aan en bevredigen een wezenlijke behoefte van het verkeer.

Een nuttige onderneming moet worden op touw gezet; het geld ontbreekt, een leening moet het benoodigd kapitaal samenbrengen. Men tracht kapitalisten te vinden, die tot bereiking van het doel willen medewerken. De kansen zijn echter onzeker, wellicht zal gedurende vele jaren geen rente worden uitgekeerd, en niet altijd is men bereid, zich in het algemeen belang groote opofferingen te getroosten. Maar nu is het aan den anderen kant mogelijk, dat er belangrijke winsten zullen worden getrokken en dat men zich ter gelegener tijde met voordeel van zijn aandeelen zal kunnen ontdoen. De meest soliede handelaar aarzelt niet op die onzekere kans een kleinere of grootere som in de onderneming te steken. Door welke beweegreden wordt hij geleid? Alleen door de mogelijke fluctuatie van den koers, gewijzigd door de tijdsomstandigheden, of wel door de hoop op hoogere dan de gewone renten als prijs van het grootere gevaar. Nu speculeert hij ongetwijfeld; het doet er niets toe of een gewone aandeelenmaatschappij dan wel de staat tot voorziening in zijne behoeften de actien uitgeeft; steeds is zijn doel het wagen op de kans van een hoogeren of lageren koers; steeds is, wij voegen het er dadelijk bij, de on-

1) O. a. Mr. Vissering, Handboek van praktische staathuishoudkunde, D. I no. 173—176, die vooral wijst op het vestigen eener kapitaalmarkt. Zie ook Mr. Wiersma l. c. p. 279 env.

zekerheid de naaste grond, waarom hij de overeenkomst aangaat. Zoo doet alleen de speculatiezucht van den handelaar de leening gelukken en nuttige, onmisbare ondernemingen worden met goed gevolg begonnen en volbracht (1).

Maar nu kan het gebeuren dat hij, die aandeelen wenscht te bezitten, op het oogenblik slecht bij kas is. Toch zoekt en vindt hij een middel. Hij heeft eenige maanden later een som gelds te ontvangen; hij koopt nu de actien op tijd, en, om zeker te zijn van den te betalen prijs, tegen den koers van den dag, waarop de overeenkomst gesloten wordt. Zoo ontstaat de tijdkoop, die op zijne wijze wederom er toe bijdraagt om de onderneming te doen tot stand komen.

Men beweert misschien, dat deze geheele redeneering volkomen juist is, wanneer wij te doen hebben met een gewone speculatie, doch dat zij niet van toepassing kan zijn op het eigenlijke beursspel b. v. op het zoogenaamde Differenzgeschäft, waarvan het doel niet is om de fondsen in handen te hebben, maar alleen om te verrekenen het verschil in koers tusschen den dag van het aangaan der overeenkomst en dien waarop bij een ernstig gemeenden tijdkoop de levering zou moeten plaats hebben. Daargelaten echter, dat die gesimuleerde koop den koers soms doet rijzen en alzoo gunstig voor de onderneming werken kan, willen wij er nadrukkelijk op wijzen, dat wij dan in elk geval zouden te doen hebben met een ontaarding der eigenlijk gezegde speculatie, zoo men wil met een misbruik, dat de natuur der oorspronkelijke overeenkomst nooit kan veranderen. Of voldoet misschien de bewaargeving niet aan de behoeften van het verkeer, omdat geldstukken somtijds niet in specie maar in genere worden overgegeven? Hetzelfde verschijnsel doet zich ook hier voor; niet op de schadelijke uitwassen,

---

1) Men denke aan de broodfabrieken, aan de stoomvaart op Amerika enz.

maar op de oorspronkelijke gedaante moeten wij bij de economische beschouwing eener overeenkomst het oog richten.

Wij zullen thans over deze vraag niet uitweiden. Zij is, zoo als wij reeds zeiden, meermalen voortreffelijk behandeld. Genoeg zij het, geconstateerd te hebben dat de vele argumenten tegen de speculatie in het algemeen aangevoerd, volstrekt niet hebben aangetoond, dat zij aan het verkeer geenerlei dienst bewijst, en dat dit hoogst genomen slechts van hare gevaarlijke ontaarding kan worden beweerd. De vraag of het op utiliteitsgronden geraden is deze laatste door strafbedreigingen tegen te gaan, zullen wij later behandelen. Thans moeten wij in de eerste plaats onderzoeken, wat de juridische natuur is van die overeenkomsten, welke aan de speculatie in staatspapieren haar ontstaan te danken hebben. Wij zullen ons wegens reeds aangevoerde redenen tot twee bepalen, nl. tot de overeenkomst van koersverschil en het zoogenaamde premiecontract. (1)

A weet, dat hij na eenigen tijd een kapitaal beschikbaar hebben zal, en wil zeker zijn dit in soliede fondsen te kunnen beleggen. B daarentegen heeft na eenigen tijd geld noodig en verlangt alsdan dezelfde fondsen tegen een bepaalden prijs te kunnen verkoopen. Voor 't oogenblik echter kan A de effecten nog niet betalen en wil B ze nog niet van de hand doen. A sluit nu met B de volgende overeenkomst: Gij verplicht u jegens mij, mij over drie maanden te zullen leveren 20 U. S. 1885 staatspapieren, nominaal 1000 Ds. tegen den koers van heden, d. i. 90%; B neemt die verplichting op zich. Blijft nu de koers

---

1) Voor den zoogenaamden gesimuleerden tijdkoop verwijzen wij naar het proefschrift van Mr. Wiersma. Wij zullen in deze geheele afdeeling zooveel mogelijk trachten niet in herhaling te treden van het door hem behandelde, en alleen wijzen op datgene, wat door hem is voorbijgegaan, of naar ons oordeel minder juist aangevoerd.

stationair, dan zal B aan A na drie maanden de 20 effecten leveren à 90% en A zal hem daarvoor moeten betalen 45000 gulden. Is intusschen de koers gestegen tot 95%, dan zal B aan A de effecten, die hij thans zou kunnen verkoopen voor 47500 gulden, moeten leveren voor 45000 g. en dus 2500 g. schade lijden. Is hij daarentegen gedaald tot 85%, dan zal B voor de effecten, die thans slechts een waarde hebben van 42500 g., 45000 g. ontvangen en derhalve 2500 g. winnen.

Deze handeling nu is de zoogenaamde tijdkoop (marché à terme, Kauf auf Zeit, Kauf auf Lieferung, Kauf auf Frist) die lijnrecht staat tegenover den koop à comptant (Kauf per Cassa, Kauf Zug um Zug), »wo Papiere ohne Befristung gleich nach »dem Abschlusse reell geliefert und baar bezahlt werden." Bender definieert dezen koop aldus: »Zeitkauf heisst der Kauf bei welchem »die Erfüllung auf einen bestimmten Tag hinausgeschoben wird." (1)

Dat wij hier te doen hebben met een gewonen koop op tijd, (art. 1304—1308 B. W.) en dat over de rechtsgeldigheid van dezen geen kwestie kan bestaan, behoeft geen betoog. Er is consensus, pretium, res. De prijs is certum, verum en bestaat in pecunia numerata; »endlich", zegt Bender, (2) »ist das Ge»schäft ernstlich gemeint." A wil werkelijk de effecten ontvangen en B ze werkelijk leveren. Al de vereischten van een gewonen koop zijn derhalve aanwezig.

Maar nu kan ook de overeenkomst tusschen A en B niets geweest zijn als een speculatie op het rijzen en dalen van den koers der effecten. A kan met B zijn overeengekomen: zoo de koers der U. S. 1885 staatspapieren heden over drie maanden hooger staat dan 90%, zult gij mij de som van die meerdere

1) Bender, l. c. p. 65: Wiersma l. c. p. 41; Thöl, l. c. p. 15; Mollot, bourses de commerce p. 112. Benders definitie is aan de aandacht van Wiersma ontsnapt.
2) l. c. p. 68.

percenten van 20 dier staatspapieren uitbetalen. Daarentegen verplicht ik mij wederkeerig u, zoo de koers binnen dien tijd beneden 90% is gedaald, de som dier mindere percenten van 20 effecten van dezelfde soort uit te keeren. Staan nu de effecten na drie maanden 95%, dan zal B aan A 2500 g. schuldig zijn; is de koers daarentegen tot 85% gedaald, dan zal B van A 2500 g. kunnen vorderen.

Dit is de overeenkomst van koersverschil, (Differenzgeschäft) die zich weder in twee vormen voordoet, naarmate de partijen openlijk hebben verklaard, dat zij dit en niets anders beoogen, dat het den een niet om levering, den ander niet om het in ontvangst nemen der effecten te doen is, of wel naarmate zij hunne speculatiezucht willen bedekken onder den schijn van een geoorloofden tijdkoop, »par coquetterie de joueur et une affectation de bien»séance pour faire illusion au public," zooals Troplong (1) zegt, m. i. veeleer om eene der overeenkomst van koersverschil ongunstige jurisprudentie te ontgaan. Wij willen ons alleen met het eigenlijke Differenzgeschäft bezig houden (2) en in de eerste plaats een onderzoek instellen naar haar veelbesprokene juridische natuur. (3)

Dat zij een kansovereenkomst is, behoeft geen betoog. De naaste grond, die partijen tot het aanknoopen eener rechtsbetrekking beweegt, is de onzekerheid, de zucht om te speculeeren op het rijzen of dalen van den koers. Dit wordt trouwens door niemand ontkend; de groote strijd is gevoerd over de vraag, of de overeenkomst van koersverschil is een geoorloofd of ongeoorloofd kanscontract, m. a. w. of het recht haar een actie toekent, ja dan neen.

---

1) l. c. no. 99.

2) Door Thöl: reines Differenzgeschäft genoemd.

3) Zie over den gesimuleerden tijdkoop het proefschrift van Mr. Wiersma.

Sommigen (1) houden haar voor een weddingschap. Wij zagen in de vorige afdeeling, dat daaronder alleen kan worden verstaan een overeenkomst, gesloten naar aanleiding van een verschil van beweringen. Dat dit hier gewoonlijk niet bestaat, is bij den eersten oogopslag duidelijk. De verkooper beweert geenszins, al moge hij die verwachting koesteren, dat over drie maanden de effecten zooveel zullen gedaald zijn, evenmin als de kooper het tegendeel staande houdt. Om dan ook het beginsel van ontzegging der actie te redden, wringen zich de voorstanders van dit gevoelen in allerlei bochten. Uw criterium van weddingschap, zeggen zij, de strijd van bewcringen is reeds daarom onaannemelijk, omdat er geen enkele reden bestaat, waarom de wetgever op een onschuldige overeenkomst, die het gevolg is van de zucht om gelijk te hebben, zijn veto zou hebben gedrukt. Doch wij zagen reeds, dat de wetgever uitging van de vooronderstelling, dat een dergelijke weddingschap licht van haar oorspronkelijk karakter ontaardt, vele misbruiken na zich sleept en daarom de bescherming van het recht in het algemeen niet verdient. Momvisch (l. c.) voert daarenboven tegen ons kenmerk aan, dat b. v. de wedrennen toch haar ontstaan niet te danken hebben aan betweterij. Wij geven dit gereedelijk toe, maar juist om die reden zijn zij in den regel geen weddingschappen. Wat meer is, wij beweren dat de overeenkomst van koersverschil niet altoos steunt op verschil van meening. De partijen immers zijn gewoonlijk onbekend met den loop, die de politieke omstandigheden kunnen nemen, en die zelfs dikwijls niet te

1) o. a. Troplong, l. c. p. 98; Paul Pont, l. c. p. 302; Momvisch, Themis D. XV p. 649 env. Endemann, Handelsrecht § 120 p. 636; Souchay, in het Zeitschrift für Civilrecht und Process D. III p. 438 noemt haar een niet klagbare Wette en laat zich aldus uit: „Das Miniren und Contreminiren, diese ganze planmässig „organisirte Agiotage(?), ist ohne zweifel ein Auswuchs des Handels und ein herab„würdigendes Getreibe."

gissen zijn. Zij sluiten het contract met het oog op een onzekerheid, die soms zoo groot is, dat elke waarschijnlijkheidsrekening falen moet. Evenmin zal een beroep op het strafrecht iets afdoen. 'T is waar, het spreekt van paris à la hausse et la baisse des effets publics, maar mag een onnauwkeurige uitdrukking, door den Code pénal gebezigd, ons bij de verklaring van ons burgerlijk wetboek tot leiddraad verstrekken?

Zoo dus de overeenkomst van koersverschil geen weddingschap is, is zij dan misschien spel? Ook dit gevoelen vond zijne verdedigers en drong vooral in de jurispudentie door (1). Wij kunnen hierover kort zijn. Wij zagen, dat de handeling der partijen, die den uitslag uitlokt of daarop invloed uitoefent, als essentiale tot het spel behoort. Zoolang men ons niet bewijst, dat zij dit kenmerk bezit en partijen door een bepaalde handeling, natuurlijk behalve het aangaan der overeenkomst, den koers der staatspapieren in kwestie doen dalen of rijzen, mogen wij de overeenkomst van koersverschil niet onder spel rangschikken.

Men zou derhalve denken dat wij alle bezwaren waren te boven gekomen en logisch aldus redeneeren: als algemeene regel is erkend pacta esse servanda, daarop zijn twee uitzonderingen toegelaten nl. spel en weddingschap, die het dwangmiddel missen, de overeenkomst van koersverschil behoort tot geen van beiden, ergo is zij, zoo niet art. 14 Alg. Bep. toepasselijk is, een volkomen erkend, rechtsgeldig contract. Maar neen, nog trachtte men langs een anderen weg het beginsel van ontzegging der actie aan deze gevaarlijke speculatie door te drijven. Al is zij, zegt Mr. Asser (2), geen spel of weddingschap, zij valt toch, zoo zij niet in den vorm van een tijdkoop is gehuld,

1) Vgl. Diephuis, l. c.; Rechtsgeleerde adviezen, achtste verzameling 1870 p. 76.
2) Gids, Maart 1869.

onder deze rubriek. Dit ligt in den geest van art. 1811 B. W; onze wetgever beschouwt de kansovereenkomsten slechts dan rechtsgeldig, als zij aan een maatschappelijke behoefte voldoen, d. i. als zij een maatschappelijk belang tot onderwerp hebben. »Onze wetgever, die afkeerig is van de handelingen waardoor »zonder arbeid de een zich verrijkt ten koste van den ander, »die tot luiheid aanzetten en meestal improductieve vertering »ten gevolge hebben, wil blijkbaar zijn erkenning ontzeggen »aan zoodanige kansovereenkomst, waarbij speelzucht de eenige »drijfveer is en geen waarschijnlijk belang in aanmerking komt." Dezelfde zonderlinge leer was reeds gehuldigd door de arrondissementsrechtbank te Amsterdam in een vonnis van 9 Mei 1845 (1), waarin woordelijk deze overweging voorkomt: » O. dat de »wet in den regel alle actie uit de overeenkomst van spel en »weddingschap weigerende, zelve de uitzondering aanwijst »waarin zij aan aleatorische contracten rechtsgevolgen toekent, »zooals assurantie, lijfrente enz., doch onder deze uitzondering »niet mede opnemende deze soort van contracten ter beurze, de »algemeenheid van het verbod ook op dezelve doet kleven »enz." Deze geheele bewering is mijns inziens van het begin tot het einde één onjuistheid. Doordringen in den geest des wetgevers is loffelijk, maar dit geeft nog geen recht om over de letter heen te springen. Men doet het voorkomen, alsof de aleatorische contracten een species zijn van het genus spel en weddingschap en het omgekeerde is waar. De wetgever wijst geenszins de uitzonderingen aan, waarin hij aan de kansovereenkomsten de actie toekent, maar veeleer die waarin hij die weigert. Door een afzonderlijke rubriek van spel en weddingschap te maken, toont hij duidelijk aan, dat door onze tegenstanders

1) Rechtsgel. Bijblad. D. VII p. 622.

de verhouding van regel tot uitzondering wordt omgekeerd. Regel is verbindbaarheid der contracten, uitzondering ontzegging der actie (1) en daar de weigering der actie bij spel en weddingschap niet berust op rechtsconsequentie, maar veeleer op politiek-legislatieve of economische gronden, zoo moet men hier toepassen: »Quod vero contra rationem juris receptum est »non est producendum ad consequentias (2)."

Wij hebben dus ten slotte te doen met een kansovereenkomst sui generis. Mogen wij daarom besluiten, dat hij die krachtens deze overeenkomst ageert, in zijn eisch ontvankelijk zal worden verklaard? Mijns inziens zeker niet en ik kan mij op dit punt niet met Mr. Wiersma vereenigen. De speculatie à la hausse et la baisse des effets publics is te recht of ten onrechte tot de délits gebracht. De overeenkomst van koersverschil is dus een zoodanige die door art. 14 Alg. Bep. wordt gewraakt. De strafwet oordeelde, dat zij streed tegen de goede zeden of de openbare orde en bedreigde den speculant met zware staffen, de rechter zal haar dus op dezen grond de actie moeten ontzeggen. Deze meening, die ook Mr. Momvisch (l. c.) is toegedaan, wordt door Paul Pont aldus geformuleerd: »Loin d'être »élevé au rang de contrat, il est illicite et (3) constitue un »délit aux termes de la loi pénale (4)."

Dit wat het jus constitutum betreft. In jure constituendo zouden wij ook haar onder de volkomen erkende contracten heb-

---

1) "Spel en weddingschap is slechts een species van het kanscontract, Art. 1811 "B. W. al. 6. De wet verbiedt geen aleatorische contracten en kan die niet verbieden, "want de alea vertoont zich in velerlei overeenkomsten, in velerlei vormen. De "wet weigert slechts de actie aan één (?) aleatoir contract, aan spel en weddingschap." Mr. van Nierop, Rechtsg. Bijbl. D. VII, p. 720.

2) L. 14 D. de legibus (I. 3)

3) Beter had hij gezegd: "parcequ'il constitue" enz.

4) l. c. p. 284.

ben willen opgenomen en wel om dezelfde redenen, die ons daartoe bij spel en weddingschap bewogen, opdat nam. niet een wet, die onmachtig blijft om het kwaad te keeren, een verderfelijke werking uitoefene, opdat zij niet het prestige des wetgevers vermindere, die zich door bepalingen, welke toch niet kunnen worden toegepast, in de oogen der burgers belachelijk maakt. De geschiedenis, vooral die van de wetgeving in Frankrijk waar de speculatiezucht haar toppunt bereikte, is alweder hier de beste leermeesteres. Maakte soms het arrêt du conseil van 1724 dat van 1785 en volgenden overbodig? Is er minder gespeculeerd, omdat een tal van wetten ten tijde der republiek tegen de speculatie strafbepalingen bedreigden (1), of hebben zij misschien aan de agiotage (2) den genadeslag toegebracht (3)? Wij zullen dit toch het allerminst beweren, die getuigen waren van de gebeurtenissen der laatste maanden, welke ons levendig herinneren hoe in Parijs bijkans een revolutie uitbrak, toen de tijding der gevangenneming van den kroonprins van Pruisen, door een behendig speculant verspreid, later bleek onwaar te zijn. De beste wetten, wij zeggen het Rousseau weder na, zijn die welke met onuitwischbare letters gegrift zijn in het hart der burgers. Hun de overtuiging in te boezemen van het verderfelijke van het beursspel, van de gevaren daaraan verbonden en van de zelfvoldoening die alleen onvermoeide arbeid schenken kan, hunnen geest te ontwikkelen en te beschaven, zal ook hier weder het eenige geneesmiddel zijn.

---

1) Wij behandelen deze arrêts en wetten in Hoofdstuk III.

2) D. i. het door bedriegelijke middelen te weeg brengen van rijzing of daling der effecten.

3) „Mais toutes ces lois n'ont pas arrêté un seul instant le mouvement des spéculations." Frémery, études de droit commercial p. 443.

Wij wenden ons thans tot het premiecontract.

A die te weinig soliditeit bezit om zich geheel en al aan de effecten-speculatie te onttrekken, maar te veel, om het behoud van zijn vermogen van het rijzen of dalen van den koers afhankelijk te maken, komt op 1 Mei met B overeen, dat deze hem tot den 1°. Juli, indien hij zulks verlangt, zal moeten leveren 20 stuks United States 1885 staatspapieren, tegen den koers van den dag, d. i. 90%. Tevens behoudt hij zich het recht voor, om van den koop terug te treden en betaalt hij, voor de keus die hem gelaten is om de fondsen al of niet in ontvangst te nemen, aan B een zekere geldsom, die premie genoemd wordt (Premiecontract, Prämiengeschäft, marché à prime tegenover marché ferme). Door deze overeenkomst bereikt A volkomen zijn doel. Rijst de koers, dan zal hij de effecten van B tegen 90% invorderen, zoodat hij, als deze tot 95% geklommen is, 2500 g. min de premie winnen zal. Blijft de koers daarentegen gedurende de gansche drie maanden dalende, dan zal hij van den koop afzien en zich troosten met de gedachte, dat hij in elk geval voor een betrekkelijk geringe som een kans van groote winst heeft gehad. Wij hebben hier dus te doen met een niet al te gewaagde speculatie; immers is het maximum van zijn mogelijk verlies vooraf zeker en bepaald, terwijl het bovendien in den regel niet groot is.

Nu kan zich ook deze overeenkomst in verschillende gedaanten voordoen. Zij kan zich b. v. oplossen in een Differenzgeschäft, dat dan door de clausule omtrent het recht, om van de verrekening af te zien eenigszins wordt gewijzigd; het recht van terugtreden kan gelaten zijn aan den verkooper of aan kooper en verkooper beiden; het kan in de keus van A staan om tegen betaling eener premie een aantal effecten tegen zekeren koers

te leveren of te ontvangen (Stellgeschäft) (1). Hoezeer dus verschillende schakeeringen voorkomen, meenen wij ons, daar het ons niet te doen is een monographie over effectenspeculatien te leveren, te moeten bepalen tot het eenvoudig premiecontract, waarbij de keus gelaten wordt aan den kooper en waarvan wij zoo even een voorbeeld gaven. Een verdere uitbreiding ligt buiten ons bestek.

Reeds dadelijk springt in het oog, dat wij hier te doen hebben met een gewijzigden tijdkoop. Te recht wordt de overeenkomst dan ook door Fremery (2) aldus gedefinieerd: »C'est un marché »à terme avec clause que l'acheteur, en abandonnant une partie »du prix payé au moment du marché et qu'on appelle prime, »aura la faculté de s'affranchir du marché." In plaats van partie du prix payé ware het misschien beter met de Duitschers te spreken van een Prämie für den gewählten Rücktritt (arrha poenitentialis). Het bewijs dat dit contract, spel noch weddingschap is, houd ik na al het bij de overeenkomst van koersverschil aangevoerde, volmaakt overbodig. Toch is dit meer dan eens beweerd en o. a. ook in het reeds vermelde vonnis der arrondissementsrechtbank te Amsterdam aangenomen. In het proces naar aanleiding waarvan dit vonnis is gewezen, vinden wij deze meening bestreden door den advocaat van den eischer, maar op zeer zonderlinge gronden, die ons het non tali auxilio doen toeroepen. »Neen, zegt hij, 't is geen weddingschap, het doet niet denken »aan verrekening of rescontre, het mist het karakter van »weddingschap, om aan te toonen dat het weddingschap is,

1) Een voorbeeld vinden wij in de Ausgewählte Gutachten der Handelskammer von Frankfurt am Main, door Konrad Malss, 27o. Gutachten, p. 87: Tegen een mij ultimo December te betalen premie, staat het in uw keus om aan mij 50 stuks Taunus Eisenbahn actien te leveren tegen 280 fl. per stuk of ook 50 stuks Taunus Eisenbahn actien te ontvangen tegen 280 fl. per stuk, altijd à comptant. Ik ben verbonden die voorwaarde te vervullen, waartegen ik krijg de premie van 1250 fl.

2) l. c. p. 455.

»moet men bewijzen, dat de essentie van het contract is aleatoir. »B. W. 1811." De advocaat van den gedaagde voerde zeer juist hiertegen aan: Welnu, het bewijs dat het contract is aleatoir, is werkelijk zoo moeilijk niet te leveren; »de onzekere gebeur»tenis is het rijzen of dalen der fondsen, dit nu is onzeker voor »beide partijen en daarom is het juist, zooals art 1811 zegt, »een kansovereenkomst." (1) Wij kunnen ons met deze redeneering in de hoofdzaak wel vereenigen, geenszins met de gevolgtrekking, als zoude, door het bewijs van het aleatorisch karakter, tevens dat der weddingschap geleverd zijn. Want het essentiale dezer overeenkomst, de strijd van beweringen, ontbreekt ten eenenmale.

Maar zoo het premiecontract geen spel of weddingschap is, wat is het dan wèl? Deze vraag is niet zoo gemakkelijk te beantwoorden. Sommigen spreken van een overeenkomst met een clausula poenalis en deze bewering vereischt geen wederlegging; een poena kan alleen verschuldigd zijn wegens een onrechtmatige handeling, en waar ik mij van den aanvang af het recht heb voorbehouden, niet te ontvangen, kan van een poena geen sprake zijn. Mr. van Nierop beweert, (2) dat het premiecontract niet kan zijn een overeenkomst van koop en verkoop, op grond dat B zich wel jegens A verbindt, om de staatspapieren te leveren, maar A niet jegens B om ze in ontvangst te nemen en den daarvoor bedongen prijs te betalen. Zijn scherpzinnig betoog heeft de strekking om te bewijzen, dat men hier niet te doen heeft met een voorwaarde, die uitsluitend afhankelijk is van den wil van dengene die zich verbindt; daarom achtte hij in de eerste plaats noodig, te komen tot de conclusie: »De premienemer ver-

1) Rechtsgel. Bijblad D. VII p. 624 env.
2) Rechtsgel. Bijblad D. VII p. 717.

»bindt zich tot verkoop, tot levering. De premiegever verbindt »zich niet." (1) Wij gelooven echter, dat de potestatieve voorwaarde vermeden wordt, wanneer wij slechts in aanmerking nemen, dat het hier wel degelijk geldt eene overeenkomst, van beide zijden onmiddelijk verbindend. De verkooper immers is, indien de kooper zulks verlangt, verplicht tot levering, de kooper om de premie te betalen. Er kan dus geen sprake zijn van de potestatieve voorwaarde, *si voluero*, waar gelijk hier, de kooper in elk geval verbonden is. Wat is alleen onzeker? dat, waartoe hij verbonden is. Na zijn keus zal eerst uitgemaakt worden of hij kooper van de effecten, dan wel kooper der keus zal geworden zijn. Juist omdat hem deze gelaten is betaalt hij de premie; met andere woorden: de wil van den kooper strekt niet daartoe, om eigenmachtig te bepalen of hij, maar veeleer h o e en t o t w a t hij verbonden wezen zal. Wil men een analogie, ik verwijs naar een voorbeeld in het romeinsche recht. A levert aan B eenige gladiatoren onder voorwaarde, dat hij voor elken gladiator, die ongedeerd uit den strijd komt, 20 denarii ontvangen zal, en voor elken gedoode of verminkte 1000 denarii. Is dit nu een locatio conductio of een emtio venditio? Men besliste, dat de overeenkomst was een locatio conductio van de ongedeerde, een emtio venditio van de gedoode of verminkte gladiatoren. Een of ander blijkt uit den uitslag; er is als het ware van elken gladiator huur of koop onder een voorwaarde. Gelijk Gajus nu met juistheid zegt, dat eerst à posteriori blijkt (idque ex accidentibus apparet) of men zal hebben gekocht of gehuurd, zoo kan men ook hier zeggen, dat eerst à

---

1) Eenige regels verder lezen wij: Zijne v e r b i n t e n i s bestaat enz.; dus een verbintenis van iemand die zich niet verbindt.

posteriori blijkt of men fondsen of alleen de keus gekocht heeft. (1)

Het premiecontract is dus noch spel noch weddingschap; van een poena of potestatieve voorwaarde kan evenmin sprake zijn; het is eenvoudig een koop van de keus tusschen het ontvangen of niet ontvangen der staatspapieren, niet in strijd met de openbare orde of goede zeden en wij mogen dus besluiten met de woorden van Böhmer: »Die Klagbarkeit des Prämiengeschäfts »ist wohl keinem Zweifel unterworfen." (2)

Hiermede nemen wij afscheid van de beursspeculatien met den troost dat, zoo al de jurisprudentie ze wegens haar schijnbare overeenkomst met spel en weddingschap ten strengste tracht te weren, de jurist daarentegen, die zonder vooroordeel en door logische deductie haar rechtskundige natuur aandachtig gadeslaat, haar zonder eenige aarzeling onder de volkomen rechtsgeldige contracten zal moeten opnemen. Er bestaat alzoo alle hoop, dat bij een dieper doordringen in het wezen der aleatorische contracten, de jurisprudentie weldra met de rechtwetenschap in harmonie zal zijn gebracht.

---

1) Gajus III § 146. Het eenige verschil is, dat bij Gajus onzekerheid bestaat omtrent den aard van het contract (koop of huur), hier omtrent het voorwerp van den koop.

2) »Archiv für civilistische Praxis D. IX, über das Stellgeschäft." Zonderling is het, dat men steeds tot dit resultaat komt langs een omweg, terwijl men den eigenlijken aard der overeenkomst niet recht begrijpt.

Afdeeling 3.

De overeenkomst van loterij en het zoogenaamde Ausspiel-geschäft.

De overeenkomst van loterij is een zoodanige, waardoor iemand tegen betaling van een vasten prijs, van een ander de kans koopt om een zekere som of zaak te winnen, indien het nommer van het gekochte lot overeenkomt met een der nommers, dat bij de trekking met een prijs uitkomt.

In hoofdzaak vereenigen wij ons derhalve met de definitie door Bender gegeven. (1) Alleen hebben wij de woorden: »gegen die »Gefahr solchen zu verlieren" weggelaten, omdat zij al in »Mög- »lichkeit" (kans) liggen opgesloten, en voorts gemeend het woord »Verloosung" eenigszins te moeten omschrijven. Zoolang echter nog »Verloosung" gebruikt wordt als de handeling zelve, onafhankelijk van de overeenkomst, zijn wij daarmede des noods tevreden, ofschoon wij onze omschrijving voor juister houden. Doch waar zooals bij Weiske (2) gesproken wordt van den »Unternehmer einer Lotterie," wordt het gevaar van verwarring tusschen de handeling en de overeenkomst mijns inziens te groot. Bovendien maak ik bezwaar tegen de uitdrukking »Spielern," die daar ter plaatse voorkomt, zooals ik straks nader hoop toe te lichten.

Uit de loterij kunnen verschillende verbintenissen ontstaan,

---

1) l. c. p. 33. »Das Lotteriegeschäft ist derjenige Vertrag, wodurch Jemand gegen »Zahlung eines bestimmten Geldbetrags und gegen die Gefahr solchen zu verlieren, »die Möglichkeit eines voraus bestimmten durch Verloosung zu ermittelnden Geld- »gewinnstes erwirbt.'"

2) D. VI s. v. Lotterie, p. 760. »Das Lotteriegeschäft ist dasjenige Rechts- »geschäft wodurch der Unternehmer einer Lotterie einer bestimmten Zahl von »Spielern, gegen Berichtigung des planmässigen Einsatzes (dessen Verlust gewagt »wird) die Möglichkeit der Erlangung voraus bestimmter durch Verloosung zu »ermittlender Geldgewinne gewährt."

1°. tusschen den ondernemer en de deelnemers, 2°. tusschen den ondernemer en de collecteurs, 3°. tusschen de collecteurs en de deelnemers, 4°. tusschen de splitters en de debitanten. Wij hebben echter met deze schakeeringen niets te maken en zullen, daar wij ons moeten bepalen tot de loterij als kansovereenkomst, alleen spreken over de verhouding, die er ontstaat tusschen den ondernemer of de collecteurs als zijne vertegenwoordigers en de deelnemers.

Dat de loterij een kansovereenkomst is, hebben wij getracht in ons eerste hoofdstuk te bewijzen. Trouwens die bewering vindt weinig tegenspraak, ofschoon men zich plaatste op een verkeerd standpunt, door de kans van winst en verlies als criterium aan te nemen en niet veeleer het door ons aangenomen kenmerk, nl. de onzekerheid. Maar een gevoelen, dat meerdere verdedigers vond is dit, als zoude de overeenkomst van loterij slechts een species zijn van het genus spel. Wij vinden deze stelling o. a. verkondigd bij Runde die daaraan een zeer zonderling stelsel vastknoopt (1). De loterijen, zegt hij, »sind ihrer Natur nach »blosse Glückspiele" en dus zijn zij verboden; gepriviligieerde loterijen daarentegen zijn niet alleen geoorlootd, maar zelfs Hoffnungs- of Glückskauf. Derhalve zou een verbod van den wetgever beslissen over den aard en inhoud eener overeenkomst! Wij hebben in het algemeen het essentieele kenmerk van spel niet kunnen ontdekken. Geen handeling der partijen oefent op den eindelijken uitslag eenigen invloed uit; men kan toch daartoe onmogelijk brengen het trekken der loten, daar in elk geval deze handeling slechts door ééne partij of door een derde verricht wordt, niet door beide overeenkomenden. Men werpt mij misschien tegen, dat ditzelfde zich ook bij de roulette

1) l. c. p. 208, § 212; vgl. ook Glück l: c. D.XI, § 762.

voordoet en dus ook dit geen spel zou zijn. Het bezwaar echter is gemakkelijk op te lossen, indien wij er op letten, hoe bij de roulette niet alleen door den croupier, maar ook door den speler een handeling wordt verricht waardoor de uitkomst bepaald of gewijzigd wordt. Het zetten immers op een bepaald nommer is zijne handeling, in zekeren zin de uitvoering der stilzwijgende overeenkomst, die geacht moet worden te zijn voorafgegaan. Men zou hier kunnen toepassen het: »celeritate conjungen»darum inter se actionum unam actionem occultari (1)." Niet alzoo bij de loterij. Dáár bestaat de overeenkomst in het koopen van het loterijbriefje en de belofte van den verkooper om een prijs die daarop valt, te zullen betalen. In den regel is van de keus van een nommer aan de zijde des koopers geen sprake (2). Aan een handeling van de zijde des koopers, onafhankelijk van het sluiten van het contract, valt dus niet te denken. De uitslag der overeenkomst hangt af van het feit, of het verkochte briefje al of niet met een prijs uitkomt, de trekking geschiedt door of in naam des verkoopers, terwijl de kooper rustig afwacht, wat het lot hem beschoren heeft.

Anderen houden de loterij voor een koop onder een voorwaarde, door de duitsche schrijvers aldus geformuleerd: »die Ver»wirklichung des Looses als Trefferloos." Het betoog van de onjuistheid dezer meening is geen zware taak. Ware zij juist, dan zou de geheele overeenkomst krachteloos zijn, zoo het loterijbriefje met een niet uitkwam, terwijl het integendeel een bekend feit is, dat de ondernemer onvoorwaardelijk den inzet behoudt, welke ook de uitslag der trekking moge zijn. »Nicht

1) L. 3 § 12 D. de donat. inter virum et uxorem (XXIV. 1.)

2) Dan alleen derhalve is loterij spel, als men dwaas genoeg is een bepaald nommer te verlangen.

»der Rechtsbestand, sondern nur der Erfolg des Geschäftes ist »hier und zwar nur für den Spielern bedingt." (1)

De ware natuur der overeenkomst ligt trouwens voor de hand. Wat is het voorwerp van den koop? De kans dat het lot met een prijs zal uitkomen. Nu kan zich het geval voordoen dat er veel, maar evenzeer dat er weinig of niets gewonnen wordt. Wij treffen dus hier alle eigenschappen van de emtio spei aan. Het loterijplan bevat de voorwaarden waarop de overeenkomst gesloten wordt, het briefje is het bewijs der gesloten overeenkomst en vertegenwoordigt als papier aan toonder tevens het recht, om zoo het daarop vermelde nommer met een prijs uitkomt, dezen van den ondernemer te ontvangen.

Hebben wij dus te doen met een emtio spei (2), zoo volgt hieruit dat tusschen particulieren, behoudens de verboden loterijen, uit de overeenkomst van loterij een actie ontstaat. Dat dit zoo lang miskend is, vindt zijne oplossing wederom in het feit, dat men er op bedacht was door alle mogelijke middelen te bewijzen, dat de overeenkomst waarmede wij ons thans bezig houden, onder de rubriek viel van die contracten waaraan de wetgever rechtsgeldigheid ontzeide. En van een ander standpunt als waarop wij ons plaatsten, bestaat daarvoor wel eenige reden. Wel is waar komen de misbruiken die het spel aankleven in niet zoo hooge mate bij de loterijen voor, waar gewoonlijk althans de inzet niet groot, vast bepaald en aan geen wisseling onderhevig is (3), waar in één woord hartstocht niet de hoofdrol spelen kan. Maar toch, de hoop op groote winst

1) Bender l. c. p. 36.

2) Zoo ook o. a. Bender l. c.; Bornemann l. c. § 191; Mittermaier, l. c. § 300; Endemann, Handelsrecht, p. 609, § 122.

3) Wij spreken niet van verderfelijke uitzonderingen, sommige zelfs door het recht gelegitimeerd, gelijk in ons land vroeger de verhuring van loten met al haar schadelijke gevolgen.

tegen een kleinen inzet, alzoo de kans van een belangrijke vermogensverwerving zonder arbeid, is voor de groote menigte zeer verlokkend. Hoe dikwijls heeft niet een behendig avonturier door het verloten van een voorwerp van betrekkelijk geringe waarde, een tien of twintigvoudigen prijs van de verleide spelers weten meester te worden? Daarom meende de staat tusschen beide te moeten treden en te moeten waken tegen de zorgeloosheid en lichtgeloovigheid der burgers, daarom maakte hij in zijn menschlievenden doch ontijdigen ijver voor hun welzijn loterijverboden, die even weinig hebben gebaat als de wetten, die het spel en den woeker trachtten te beperken. Overigens kan men uit de wetgevingen van sommige staten, juist door de daarin omtrent de loterij afzonderlijk vastgestelde bepalingen, opmaken, dat ook zij de meening zijn toegedaan, dat de overeenkomst van loterij niet tot de rubriek van spel en weddingskap behoort.

Zoo in ons land. Het reglement betrekkelijk de Hollandsche Loterij van 13 October 1812, bekrachtigd bij besluit van 6 December 1813 bepaalt: »dat alle overeenkomsten die niet »tot grond mochten hebben het afgeven van briefjes en der»zelver dadelijke betaling, mitsgaders de verkoopen op krediet aan particulieren gedaan verboden zijn" (art. 14). Een belangrijk beginsel, waarover de wetgever zich bij spel niet uitlaat, is gehuldigd door de tweede alinea van dit artikel, dat nl. de afgiften van obligatien of promessen zullen beschouwd worden als verkoopen op crediet. »De gemelde overeenkomsten", voegt al. 3 er bij, »zijn volstrekt nul en zullen geen effekt kunnen sorteren." Men kwam in het besluit van 19 Jan. 1814 (Stbl. no. 15) hierop terug en stelde in al. 3 vast: »Het openen van krediet door de »gekwalificeerde kollekteurs, geautoriseerde splitters en gead»mitteerde debitanten aan partikulieren wordt toegestaan." Dit geheele besluit en dus ook de bepaling omtrent het verleenen van

crediet werd wederom ingetrokken door een besluit van 5 November 1818 (Stbl. no. 37.) Intusschen had een besluit van 22 Juli 1814 (Stbl. no. 86) alle vreemde en partikuliere loterijen verboden (art. 1) (1), het verspreiden of uitgeven van berichten, plans of advertentien van vreemde loterijen gestraft met een boete van 150 g. (art. 2), en van deze verbodsbepalingen alleen uitgezonderd de onderhandsche loterijen van voorwerpen beneden de honderd gulden. Eindelijk verbiedt een besluit van 3 Maart 1824 aan ongekwalificeerde personen, om ten behoeve van het publiek inlagen hoegenaamd in eenige loterij te ontvangen of te bezorgen. Zoo waakte de Staat voor het geluk en de welvaart der burgers! Maar de staatsloterij was heilzaam, zij was niet schadelijk, niet onzedelijk, want zij bracht jaarlijks eenige tonnen in 's rijks schatkist. Zij voorwaar moedigt niet aan tot improductieve vertering, die gewoonlijk volgt op elke zonder inspanning verkregen vermeerdering van vermogen! Verklaarde bovendien niet art. 2 van het besluit van 13 November 1827 (Stbl. no. 145) (2) in zijn liefderijke zorg voor het welzijn der burgers: »de Konink»lijke (3) Nederlandsche loterij zal behouden blijven, onder »zoodanige wijzigingen als noodig zijn tot wegneming van al »wat aanleiding tot verkeerdheden geven en een schadelijken »invloed op de zedelijkheid der ingezetenen zoude kunnen uitoe»fenen?" Alsof het loterijspel niet uit haren aard te gispen was en het alleen daarom van natuur veranderde, omdat de staat en niet een privaat persoon als ondernemer optrad! (4)

1) Wat de vreemde loterijen betreft kort geleden buiten werking gesteld.

2) Waarvan art. 3 werd ingetrokken bij B. van 6 Januari 1831.

3) Gelukkig later weggelaten!

4) Het is hier de plaats niet om over de geschiedenis der loterij uit te weiden en ons overzicht der wetgeving bepaalt zich daarom tot het meest noodzakelijke. Voor Nederland raadplege men het voortreffelijk werk van Mr. G. A. Fokker, Geschiedenis der loterijleeningen in de Nederlanden.

Hetzelfde verkeerde en inconsequente stelsel huldigt de Oostenrijksche wetgever in § 1273 en § 1274. Loterijen tusschen private personen, behalve als zij dienen om een verdeeling te bewerkstelligen of een geschil door het lot te doen beslissen, worden als spel en weddingschap beschouwd (beurtheilet). Al weder een bewijs, dat de Oostenrijksche wetgever loterij alleen fictione juris voor spel houdt, anders ware § 1273 overbodig. Maar de heilige en onschendbare staatsloterijen »sind nicht nach der Eigenschaft »des Spieles und der Wette zu beurtheilen!" Het Pruisische landrecht bepaalt in § 547: »Nur mit ausdrückliche Genehmigung »des Staats können öffentliche Lotterien, Glücksbuden und andere »dergleichen Glückspiele unternommen werden." Het plan moet worden openbaar gemaakt (§ 548) en daarin voldoende waarborgen voor de zekerheid der belanghebbenden gegeven zijn. Opmerking verdient nog § 557 en § 558: »Der Unternehmer »soll die Loose nur gegen baare Bezahlung des Einsatzes verab»folgen. Hat er also auf den Einsatz Credit gegeben, so steht »ihm deshalb keine gerichtliche Klage, sondern nur die Compensation »gegen den auf ein solches Loos fallenden Gewinn zu." Een bepaling volmaakt overbodig, zoo de loterij werkelijk tot het Glückspiel behoorde (1). Voorts is ook in Pruisen de staat ondernemer eener loterij, en hebben verschillende koninklijke ordonnantien het deelnemen in een vreemde loterij verboden.

In Frankrijk heeft de revolutie den eersten stoot gegeven aan de afschaffing der staatsloterij. De wet van 25 Brumaire an II hief haar geheel op »comme une invention du despotisme

1) Dezelfde grilligheid als onzen wetgever, kenmerkt in dit opzicht den Pruissischen. Het Lotterieedikt van 20 Juni 1794 (§ 7) gaf de actie, een koninkl. ord. van 14 Juli 1792 ontnam die weder bij de Zahlenlotterie. Het Lotterieedikt van 21 Mei 1810 stond de actie weder toe bij elke loterij, terwijl eindelijk een kon. ord. van 21 Juli 1841, § 558 Pr. Lr. weer bekrachtigde.

»destinée à faire taire le peuple sur sa misère, en le leurrant »d'une espérance qui aggravait sa détresse." Krachtige en juiste woorden voorzeker, maar die niet veel indruk schijnen gemaakt te hebben, als men bedenkt dat reeds op 29 Germinal an II een loterij van nationale goederen in de plaats trad eener eigenlijke staatsloterij. Art. 410 C. P. bedreigde straf tegen de ondernemers van loterijen, en een decreet van 25 September 1813 verzwaarde die door het bevel tot aanplakking van het vonnis op kosten van den delinquent. Een wet van 21 April eindelijk schafte van 1 Januari 1836 alle loterijen af, terwijl een wet van 21 Mei 1836 in art. 1 herhaalde: »Les loteries de toute espèce sont »prohibées." (1)

In Belgie is evenzeer de staatsloterij bij een arrêté du gouvernement provisoire van 13 October 1830 afgeschaft. In Engeland eindelijk werden de loterijen bij stat. 10 en 11 William III c. 17 verklaard te zijn »public nuisances" en om hare schromelijke gevolgen verboden. De staatsloterij geregeld bij stat. 19 Geo. III c. 21 werd bij stat. 4 Geo. IV c. 60 weder opgeheven. (2)

Wanneer wij thans de nadeelen der loterijen in het licht zullen stellen, dan moeten wij, om billijk te zijn, dadelijk erkennen, dat zij in den regel niet tot zulke schadelijke misbruiken als spel en weddingschap kunnen aanleiding geven. De som die verloren wordt is gewoonlijk slechts klein, de hartstochten worden niet geprikkeld door den aanblik van het goud, geen geheel vermogen wordt op één avond verspeeld, twist en krakeel zijn zeldzaam. Toch heeft ook de loterij een bezwaar, op het terrein van het zuivere recht van geen, voor den econoom van des te meer belang. Zij wekt

1) Dalloz s. v. Loterie.
2) Blackstone l. c. D. IV p. 195.

namelijk in den mensch de speelzucht op, zij geeft hem hoop op groote en gemakkelijk te verkrijgen rijkdommen; een hoop die dikwijls hersenschimmig is; zij levert hem bovendien meer dan eens over aan behendige avonturiers, die zijn lichtgeloovigheid gebruiken om zich zelf te verrijken.

Dat dezelfde nadeelige zijde in nog hooger mate de staatsloterijen kenmerkt, is na al wat reeds over dit onderwerp geschreven is, overbodig te bewijzen. De exploitatie door den staat wiegt het geweten van den anders kalmen en bezadigden mensch in slaap en brengt hem, die niet gewoon is na te denken over economische beginselen, op de gedachte, dat de staat toch wel niet zal medewerken tot het exploiteeren eener onderneming, die uit haren aard onzedelijk is. Men pleegt echter de staatsloterij op twee gronden te verdedigen. Vooreerst daardoor, dat zij niet kan gemist worden, omdat zij een belasting is die jaarlijks de baten vermeerdert. Zou het werkelijk waar zijn, dat de staat, om een in elk geval betrekkelijk kleine som in de schatkist te doen vloeien, een kwade hartstocht van den mensch, die hij overal elders zooveel mogelijk tracht te beteugelen en tegen te gaan, op die wijze productief mag maken? Heeft dit niet iets van het gezegde van Vespasianus: »lucri bonus odor?" Vermeerdering van belastingen, die zwaar drukken op de schouders der nijvere burgerklasse, moet, zoo het kan, worden vermeden, maar nooit ten koste der zedelijkheid. Men legge liever een nog hoogere belasting op den sterken drank, al zou ook de industrie er onder lijden, en trooste zich met de gedachte, dat men ten minste nog de dronkenschap, zij het dan ook weinig, beteugelt. Of men volge den raad van den schranderen von Mohl en »schränke nur einige überflüssige Ausgaben ein und man wird »einen solchen Zuschuss mit Abscheu zurückweisen können." Trouwens, wat men aan den eenen kant met de staatsloterij

wint, wordt aan den anderen kant weder verloren door het aanwakkeren der speelzucht, die in elk menschelijk hart verborgen smeult en die een kleine vonk in één oogenblik doet ontvlammen, en bovendien het maatschappelijk kapitaal verzamelt in de handen van eenige weinige personen, die het gemakkelijk verkregen goed even gemakkelijk verkwisten. »Nichts kann, zegt Büsch, (1) wider- »sinniger sein als zu eben der Zeit, da man es zum ersten Zwecke »der Staatswirthschaft macht die nützliche Betriebsamkeit zu »beleben, da man es als die erste Quelle der Staatseinkünfte »als das erste Mittel einem Volke neue Kraft zu geben, überall zu »erkennen vorgebe, so geflissentlich die erste Triebfeder nütz- »licher Betriebsamheit, den Fleiss der Geringen im Volke, »erschlaffen zu machen."

Nog uit een ander oogpunt wordt de staatsloterij verdedigd. De staat, zegt men, moet zelf de exploitatie van het spel op zich nemen, om bedriegelijk spel te voorkomen. Waarlijk een krachtig argument, en dat consequent doorgevoerd al tot zeer zonderlinge gevolgtrekkingen leiden moet! (2) Immers op denzelfden grond zullen, om de gevolgen van gevaarlijke prostitutie tegen te gaan, van regeeringswege bordeelen moeten worden opgericht, of zal de staat als kroeghouder moeten optreden om de dronkenschap binnen zekere grenzen te beperken. Men vergeet bovendien geheel en al, dat het middel veel erger is dan de kwaal. Menschen die er nooit aan zouden gedacht hebben hun vermogen aan de wisselvallige kansen van het spel bloot te stellen, worden thans daartoe verleid, terwijl de speler van beroep toch niet zijn kaarten nederlegt of van de speeltafel opstaat om een loterijbriefje te koopen. Het personeel dat van de speel-

1) Geciteerd bij Ersch und Grüber, s. v. Glückspiele.

2) „Giebt es", vraagt von Mohl, „sonst kein Mittel das Uebel aus zu rotten als „eine allgemeine Anreizung dazu?"

banken gebruik maakt en dat wat in de loterij zijn geluk beproeft, is waarlijk niet hetzelfde en kan dat ook niet zijn wegens een tal van belangrijke verschilpunten, die men zich dagelijks voor den geest kan roepen.

De overeenkomst van loterij voldoet dus aan geen maatschappelijke behoefte, is voor het verkeer onnoodig en werkt de speelzucht in de hand. De staat, die zich het recht voorbehoudt haar alleen te exploiteeren, maakt onzedelijke winsten en handelt bovendien inconsequent door een hartstocht aan te wakkeren, die zij overal elders beproeft te beteugelen. Ik eindig met den wensch, reeds dikwijls geuit: verdwijne de staatsloterij zoo spoedig mogelijk van het Nederlandsch grondgebied!

Niet alleen met de staatsloterij, ook met de particuliere loterijen, wij merkten het reeds vroeger op, zijn onmiskenbaar groote nadeelen verbonden. Toch ontzegge men ook haar de actie niet, en wel om denzelfden utiliteitsgrond, waarom wij ons bij spel en weddingschap daartegen verklaarden. De wetgever zal immers blijken onmachtig te zijn, de zedeleer aanvaarde ook hier weder die taak. Ontwikkeling en onderwijs zullen ook hier de eenige middelen zijn om het kwaad uit te roeien, en wij verwachten in de toekomst veel meer dan van de wet, van wat de Duitschers noemen: »eine »höhere religiöse Bildung."

Thans nog een enkel woord over de overeenkomst die Ausspielgeschäft genoemd wordt en waarvoor ik in onze taal geen gepast woord heb kunnen vinden.

Zij komt in twee vormen voor. Verschillende personen zijn eigenaars van één zaak, en komen overeen, om het uitsluitend eigendom daarvan te dobbelen. Elk staat aan hem, die de hoogste worp doet zijn recht af, of wel telkens treedt een speler uit de gemeenschap, zoodra een ander hooger werpt dan hij.

Het resultaat is steeds hetzelfde; hij die wint, dat is hij die gelukkig werpt, wordt alleen eigenaar van de zaak, die vroeger aan meerdere personen te zamen toebehoorde. Wij hebben hier eenvoudig met een spel te doen; elk deelnemer geeft, als inzet, zijn gedeeltelijk recht op het te verspelen voorwerp. (1)

Nu kan zich echter nog een ander geval voordoen; de te verspelen zaak kan nl. het eigendom zijn van een derde, die òf niet òf wel aan het spel deelneemt. Speelt hij zelf niet mede, dan onderscheide men nauwkeurig twee overeenkomsten, die door Glück, mijn inziens niet zeer juist, een voorbereidende en een overeenkomst van spel worden genoemd (2). Dat woord voorbereidend immers doet te veel denken aan een verband tusschen de twee contracten, dat in werkelijkheid niet bestaat. Er zijn twee van elkander geheel onafhankelijke overeenkomsten, ten eerste een gewone onvoorwaardelijke koopovereenkomst, (3) waarbij al degenen die later zullen spelen, gemeenschappelijk de zaak koopen, om die te gebruiken tot een doel dat den verkooper geheel onverschillig is. Daarna wordt dus de zaak in gemeenschap gebracht en nu eerst gaat men er om spelen. Glück, die anders op den goeden weg is, wijkt daarvan af door te beweren, dat bij de tweede overeenkomst, die van spel, de inzet van elken speler bestaat in zijn deel van den koopprijs. Neen, elks inzet is veeleer het gedeeltelijk eigendomsrecht op de zaak.

---

1) Pr. Lr. § 569: „Der Gebrauch des Looses ist als ein Mittel zur Auseinander„setzung über gemeinschaftliche untheilbare Sachen erlaubt."

§ 570: „Auch kann dasselbe bei gemeinschaftlichen theilbaren Sachen als ein Mit„tel zur Entscheidung, welchem unter den Interessenten dieser oder jener Theil „zufallen solle, gebraucht werden."

2) l. c. D. XI § 762.

3) Zij kan ook een schenking zijn, zoo een derde aan een aantal personen een zaak pro indiviso ten geschenke geeft.

Grollman (1) ontkent, dat wij hier te doen hebben met een onvoorwaardelijk koopcontract, ten eerste omdat aan den koop ten grondslag ligt een overeenkomst tusschen de spelers, om het gekochte voorwerp te dobbelen. Alsof de bedoeling van den kooper iets te maken had met den aard der overeenkomst en men niet op denzelfden grond zou kunnen beweren, dat hij die een huis koopt om het te verhuren, geen wezenlijk koopcontract sluit. Ten tweede kant hij zich tegen deze stelling aan, omdat er is een alternatief, winnen of verliezen. Het laatste is volkomen juist, tertium non datur; maar of ook dit den aard van het contract eenigszins wijzigt, meen ik met grond te mogen betwijfelen. Wijs ons de voorwaarde aan, waaronder de verkooper zich van de zaak ontdoet! Van welke onzekere gebeurtenis is de levering en de betaling van den prijs afhankelijk? Of laat men zich wellicht misleiden door de gedachte, dat door het spel moet worden beslist, wie ten slotte eigenaar zal zijn? Neen, onzeker kan misschien zijn, aan wien uit zekere kategorie (ex certis personis incertae personae) geleverd worden moet; gekocht heeft, wij merkten het reeds vroeger op, het gezelschap van personen, die om het voorwerp dobbelen.

En nu eindelijk het laatste geval, dat nl. de eigenaar van zeker voorwerp aan eenige andere personen tegen betaling eener grootere of kleinere som (2), het recht geeft, om den eigendom van dat voorwerp te dobbelen en zelf medespeelt. Mijn inziens hebben wij hier wederom met twee verschillende overeenkomsten te doen. Hij die alleen eigenaar is, ziet, tegen ontvangst van den gezamenlijken inzet der spelers, van zijn uitsluitend recht op de zaak af, ten behoeve van een gezelschap,

1) p. 42. Geciteerd bij Glück l. c. en in de Bibliothek kleiner juristischen Schriften van Hübner und Tittmann, p. 12 env.

2) Anders is het natuurlijk een schenking.

waarvan hij zelf deel uitmaakt. Vervolgens gaat men spelen en elk speler, dus ook de verkooper, zet in zijn gedeeltelijk recht op de gemeenschappelijke zaak, die ten slotte aan den winner zal gaan toebehooren. Deze beschouwing is, dunkt mij, de meest eenvoudige, ofschoon de mij bekende schrijvers over dit onderwerp een andere meening zijn toegedaan en meestal deze overeenkomst, gelijk b.v. Mittermaier doet, een emtio spei noemen. (1)

Overigens handelde de Pruisische wetgever consequent, toen hij in § 268 (Th. II, T. 20) de bepaling opnam: »Den Lotterien »sind hierbei alle öffentlich veranstaltete Ausspielungen beweg»licher oder unbeweglicher Sachen gleich zu achten." Immers er bestaat inderdaad al zeer weinig verschil tusschen het verloten eener zaak of eener geldsom. Wij zagen bovendien, dat wanneer wij de zoogenaamde voorbereidende overeenkomst, die met de tweede niet samenhangt, buiten aanmerking laten, het eigenlijke Ausspielgeschäft niets anders is als een spel, waaruit in de verschillende moderne wetgevingen geene rechtsvordering kan worden geboren. Soms echter worden door het doel de middelen geheiligd. Zoo kwam het reeds in het romeinsche en komt het in ons hedendaagsch recht meermalen voor, dat men door middel eener uitloting aan een onzekeren hetzij feitelijken of rechtstoestand een einde maakt (2). Wenschelijk is daarom een bepaling als die van § 1273 Oostenr. wb., dat op den regel: »Ein zwischen »Privat-Personen auf eine Wette oder auf ein Spiel abzielendes »Los wird nach den für Wetten und Spiele festgesetzten Vor»schriften beurtheilet," de uitzondering volgen laat: »Soll aber

1) Koopt dan de medespeler, die vroeger uitsluitend eigenaar was, de zaak van zich zelven?

2) Ik behoef slechts op een enkel voorbeeld te wijzen, als op het legatum optionis, (§ 23 Instit. de legatis II. 20): »fortunam esse hujus optionis iudicem et »sorte hoc esse dirimendum," en in ons recht op art. 1125 al. 2 B. W.

»eine Theilung, eine Wahl, eine Streitigkeit durch das Los »entschieden werden, so treten dabei die Rechte der übrigen »Verträgen ein."

Afdeeling 4.

De overeenkomst van lijfrente.

Misschien zal men ons, nu wij tot de beschouwing der tweede soort van kansovereenkomsten overgaan, verwijten, dat wij te lang hebben stil gestaan bij de ontwikkeling der beginselen, die de wetgevers bij die der eerste soort hebben geleid. Tot onze rechtvaardiging diene, dat wij tot uitgangspunt onzer beschouwingen hebben moeten kiezen die contracten, welke te recht of ten onrechte geacht worden nutteloos of schadelijk te zijn voor het verkeer. Immers heeft juist dit gezichtspunt een onmiskenbaren invloed uitgeoefend op de geoorloofde kansovereenkomsten en deze in hare rechtsgevolgen belangrijk gewijzigd, ja men zou kunnen zeggen, dat het ook thans nog in recht en wetgeving de geoorloofde kansovereenkomsten beheerscht. Spel en weddingschap, wij merkten het reeds herhaaldelijk op, hebben dit met de verzekering, bodemerij en andere kanscontracten gemeen, dat de naaste grond die partijen beweegt tot elkander in rechtsbetrekking te treden, bij allen dezelfde is; maar hetzelfde gevaar dat bij de eerste b e s t a a t, d r e i g t bij de tweede. In zooverre derhalve, dat op de beide soorten op gelijke wijze, al zij het dan ook niet in gelijken mate, op de zedelijkheid kan worden inbreuk gemaakt, bestaat er tus-

schen deze overeenkomsten, hoe verschillend ook in vorm en inhoud, werkelijk verband.

Wij beginnen alzoo met de overeenkomst van lijfrente, dat is de zoodanige, waarbij iemand zich jegens een ander verbindt om hem, tegen overgave hetzij van een vaste geldsom, hetzij van een bepaald voorwerp of wel tegen afstand van een recht, op gezette termijnen een uitkeering in geld te doen, gedurende het leven van een of meerdere personen.

Wij hebben in de bepalingen van het Pruisische en Oostenrijksche wetboek (1) eenige kleine wijzigingen gebracht. Wij hebben, wat het eerste betreft, de §§ 606 en 607 vereenigd en § 608 geheel weggelaten (2). Immers waartoe dient het, dat de zaak die als equivalent van de rente gegeven wordt, op een bepaalde geldswaarde wordt geschat? De bepaling wordt dan ook te recht door Koch (3) als willekeurig en doelloos gegispt.

---

1) Pr. Lr. § 606: „Der Leibrentenkontrakt ist ein Vertrag, vermöge dessen „sich Jemand gegen Empfang einer Summe Geldes, zur Entrichtung einer bestimm- „ten Abgabe auf die Lebenszeit eines Mensehen verpfliehtet."

§ 607: „Statt des baaren Geldes kann eine Leibrente zwar aneh gegen Ueberlas- „sung eines Grundstüeks, einer Gereehtigkeit, oder einer andern Sache erworben „werden."

§ 608. „Doeh müssen alsdann die Kontrahenten über einen naeh Gelde bestimm- „ten Werth wofür die Sache angesehlagen sein solle, sich vereinigen; und dieser „Werth tritt bei allen in der Folge vorkommenden Verhandlnngen an die Stelle „der gegebenen Saehe."

Oostenr. wb. § 1284: „Wird jemanden für Geld, oder eine für Geld gesehätzte „Sache auf die Lebensdaner einer gewissen Person eine bestimmte jährliehe Ent- „riehtung versprochen, so ist es ein Leibrentenvertrag."

2) Bij de meeste schrijvers wordt alleen van een geldsom gesproken als equivalent der rente. Zie b. v. Merlin, répertoire s. v. rente viagère; Eiehhorn l. e. p. 332. De bepaling van de Groot (B. III, D. 14, § 19): „Lijfrenten, d. i. renten „die alleen duren zoolang als het leven van deu renteheffer dnnrt of van zulk een „of meer luiden als de renteheffer in den brief heeft genoemd," zondigt door de font dat er niet in wordt vermeld, dat de prijs der rente het eigendom blijft van den schuldenaar.

3) D. I. p. 797 noot 44.

Hetzelfde bezwaar hebben wij tegen de uitdrukking »gegen eine »für Geld geschätzte Sache" in het Oostenrijksche wetboek. Ook is het geen onmisbaar vereischte, dat de rente jaarlijks worde uitbetaald en wij namen dus de woorden: »jährliche Entrichtung" uit ditzelfde wetboek niet over. Daarentegen maken de woorden »auf die Lebensdauer einer gewissen Person", of »auf die Lebenszeit eines Menschen" bepalingen als die van art. 1813 en 1814 van ons B. W. (1971 en 1972 C. c.) overbodig, mits men, zooals wij deden, van een of meerdere personen spreke (1).

De overeenkomst van lijfrente is reeds zeer oud. Bij de Romeinen kwam zij, in den vorm waarin wij haar thans kennen, niet voor, maar vinden wij toch hare sporen. Zoo gewaagt L. 1 C. de donationibus sub modo (VIII, 55) van een schenking aan een kleindochter gedaan »ea lege ut certa alimenta »praestaret," en L. 8 C. de rerum permutatione (IV. 64) van een dergelijke, gedaan onder voorwaarde dat de begiftigde »quod »placuerat menstruum vel annuum daret". Zoo komt in § 3 Instit. de verb. obligationibus en in L. 56 § 4 D. de verb. obl. (XLV. 1.) de stipulatie voor: »decem aureos annuos, quoad »vivam dare spondes"? Maar van een eigenlijk gezegde lijfrente onder een bezwarenden titel, waarbij als equivalent der rente kapitaal, grond of rechten worden afgestaan, is, voor zoover onze kennis reikt, nog nergens sprake.

De middeleeuwen, waaraan de overeenkomst haar bloei te danken had, namen haar niet dadelijk met open armen op. Het woekerdogma konde zich niet zonder aarzeling neerleggen bij een contract, dat een niet veel minder gevaarlijk karakter droeg dan de eigenlijke woeker. Werkelijk had dat tegenstreven van

1) Om de zelfde reden kan ook de eerste zin van § 1285 Oostenr. wb. veilig worden gemist.

zijn standpunt wel eenigen grond. Gemakkelijk kon een gewone leening op interessen onder een dergelijke overeenkomst worden verborgen; men verkocht b. v. een zeker kapitaal onder voorbehoud van het recht van wederinkoop, en bedong tevens als prijs daarvoor een vaste rente. Te vergeefs echter trachtte het kanonieke recht ook hier zijn invloed lang staande te houden; allengs toch geraakte men aan deze soort van bedekte leening op interessen zoo gewoon, dat de pausen haar uitdrukkelijk moesten erkennen (1).

Ons bestek gedoogt niet de geschiedenis der lijfrente in bijzonderheden na te gaan. Zij wrong zich in verschillende vormen; zij nam velerlei gedaanten aan en zegevierde eindelijk, gelijk de bodemerij en de gewone leening, over alle twijfelingen eener verouderde leer (2). Thans in bijna alle wetgevingen erkend, neemt zij van dag tot dag toe in bloei om dezelfde oorzaak als de verzekering, nl. de concentratie van kapitalen. »Die neuere »Zeit", zegt Bluntschli zeer te recht, »ist sehr erfinderisch in »mancherlei Combinationen, durch welche der Gebrauch sol»cher Leibrenten eigenthümlich modificirt wird, ohne dass des»halb die juristischen Grundprincipien des Vertragsverhältnisses »sich ändern (3)."

De lijfrente breidt zich alzoo dagelijks uit. Toch mogen wij niet te luide roemen op de verlichte denkbeelden van onze negentiende eeuw. Het is alsof de wetgever ook in onze dagen

1) Bul van paus Martinus V in 1420 en Calixtus III in 1420 en Calixtus III in 1455. De rijkswetten namen nog lang een angstvallige voorziehtigheid in acht. Zoo b. v. moeht voor 100 g. kapitaal niet meer gekocht worden dan 5% rente. Vgl. Runde, l. c. § 293, p. 196 env.

2) Wij verwijzen naar de geleerde, doch niet heldere monografie van Ludwig Rüekert, der Leibrentenvertrag, p. 1 env.

3) l. e. p. 81. Juist omdat de grondbeginselen van al die verschillende schakeeringen niet worden gewijzigd, bepalen wij ons alleen tot haren eenvoudigsten vorm.

er slechts noode toe gekomen is, om de overeenkomst van lijfrente als volkomen rechtsgeldig contract te erkennen. »On ne »sait trop", roept de tribuun Duveyrier uit, »si on lui doit plus »d'intérêt que d'indignation." Toullier vooral heeft zich op dit gebied dapper geweerd, indignatio verba faciebat. »Notre contrat »de rente viagère", zegt hij, »est le fruit d'un égoisme parfait »qui se soucie peu de ce qui arrivera après lui." Daarbij voegt hij dan nog als grootste bezwaar, dat men door dit contract den schuldenaar aanleiding geeft om met smachtend verlangen naar den dood van zijn schuldeischer uit te zien. Al die misbruiken, gaat hij voort, kleven niet in even hoogen mate aan die soort van lijfrente, wier duur alleen afhankelijk is van het leven des schuldenaars; integendeel, deze overeenkomst dwingt hem aan wien de rente verschuldigd is, te hopen op de gezondheid en het lang leven van zijn schuldenaar (1).

Deze bedenkingen, gegrond op de schijnbaar gevaarlijke strekking dezer overeenkomst, zijn gemakkelijk te wederleggen. Op het argument aan de woekerleer ontleend, behoeven wij, na al het daartegen door anderen en ook door ons in de Inleiding aangevoerde, niet meer terug te komen. Hare onhoudbaarheid is door de ervaring aangetoond, en de wetgevingen onzer dagen hebben dan ook, de een vroeger de ander later, de woekerverboden afgeschaft. Het langst hielden zij zich staande in Engeland, gehecht als het steeds is aan overoude tradities, en met zijn eerbied voor het recht door de voorvaderen gegrondvest. Uitdrukkelijk meende men daar te moeten bepalen, dat de lijfrente op het wettelijk maximum wordt teruggebracht, zoo de overeenkomst alleen diende om een leen op hoogere dan de gewone interessen binnen te smokkelen. Thans is met de woekerwet ook deze bepaling verdwe-

1) l. c. no. 20, noot 3; Maleville, l. c. D. IV, T. 12.

nen (1). Toch was zij ook vroeger, zelfs van het meest orthodoxe standpunt, ongemotiveerd, en ook daar waar het oude dogma nog zijn oude stelling tracht te handhaven, en zijn droevig bestaan voortsleept naar het graf dat de betere begrippen der staathuishoudkunde in deze eeuw hebben gedolven, is een bedenking op grond der woekerleer evenmin te rechtvaardigen als bij de bodemerij. Zoo ergens, dan is toch hier de rente niet alleen vergoeding voor het gebruik van kapitaal, maar hoofdzakelijk de prijs van een voor altijd vervreemde geldsom of goed, terwijl tevens voor den renteheffer groot gevaar bestaat dat hij, als equivalent van het vele dat hij gaf, slechts gedurende een zeer korten tijd de rente zal genieten. Van daar ook de bepaling van art. 1817 B. W., 1976 C. c. en § 610 Pr. Lr. (2).

De tweede bedenking is gemaakt op grond der ervaring. Men vreest misbruiken, men is angstig dat de overeenkomst van lijfrente moord en doodslag na zich slepen zal. Maar noem mij

1) Parson, l. c. D. III p. 139. Het woekerverbod, geregeld door verschillende statuten, werd allengs zeer beperkt en eindelijk geheel opgeheven. Zoo bepaalde b. v. stat. 3 en 4 William IV c. 98 s. 7, dat niemand zal worden gestraft die meer dan wettelijke interessen neemt voor een leen gedurende minder dan drie maanden, en dat de schuldenaar tot betaling der bedongen rente kan worden gedwongen. Stat. 7 William IV en 1 Victoria c. 80 s. 1. stellen vast, dat geen wissels betaalbaar op of binnen 12 maanden door de wettelijke rentemaat zullen gebonden zijn. Stat. 2 en 3 Victoria c. 37 strekt dit uit tot „any contract for the loan or „forbearance of money above the sum of 1000 £ St." Eigenaardig is echter, en tevens strekt dit tot bewijs dat men de rente beschouwde als periculi pretium, dat dit niet toepasselijk is op geld geleend on securities of land, waar 5% de wettelijke rente blijft. Die statuten 2 en 3 Vict. zonden slechts van kracht zijn tot 1842, maar werden verlengd tot 1856 krachtens stat. 13 en 14 Victoria c. 56. Eindelijk schafte stat. 17 en 18 Victoria c. 90 alle woekerverboden af. Vgl. Blackstone l. c. D. I p. 521. Smith l. c. Lecture VI p. 210 env.

2) Art. 1976 C. c. (waarvan art. 1817 B. W. de vertaling is): „La rente viagère „peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer."

Pr. Lr. § 610: „Die Bestimmung des Betrags der Leibrenten und des dafür zu „entrichtenden Capitals hängen lediglich von dem Uebereinkommen der Parteien ab."

dan, roept Troplong uit (1), één contract op, dat niet somtijds schadelijke gevolgen hebben kan. Menig verkwister ruineert zich door den verkoop zijner bezittingen, menig testament is een instrumentum odii, houdt gij daarom koop of testament onzedelijk, of wilt gij ze misschien uit het verkeer verbannen? Wij merken hier wederom hetzelfde verschijnsel op als bij spel en weddingschap; bang voor schadelijke uitwassen, wil men een gezond en nuttig lid afsnijden.

Immers, zoo wij weder met onbevangen blik de overeenkomst van lijfrente beschouwen, dan treft ons reeds spoedig haar onmiskenbaar nuttige zijde. Het moge waar zijn dat soms koud egoïsme of de liefdelooze gedachte »après moi le déluge", de beweegreden der partijen is, dikwerf of liever veelal beschermt het contract waarmede wij ons bezig houden een rechtmatig belang. Malss geeft ons daarvan een voorbeeld in romantischen vorm gehuld (2), te aardig verteld dan dat ik de verzoeking kan wederstaan om het hier mede te deelen. Een teringachtig student vroeg eens aan een professor in de medicijnen, op welke wijze hij een kleine erfenis het best konde besteden tot herstel zijner gezondheid. Gij kunt in geen geval meer lang leven, was het antwoord, en handelt dus verstandig als gij de weinige jaren, die u nog overblijven, zoo vroolijk mogelijk doorbrengt. De student ging op reis. Hij bezocht Spanje, Italie, Griekenland en Egypte, werd van dag tot dag sterker en kwam, toen zijn geld nagenoeg op was, totaal genezen en met den blos van gezondheid op het gelaat, van de reis terug. Maar zijn buidel was ledig en met harde woorden verweet hij den professor den onvoorzichtigen raad, dien deze hem gegeven had. »Die Versicherung

1) l. c. no. 210.
2) Betrachtungen, p. 26.

»aufs Leben hatte der Professor vergessen." Wij zouden het eenigszins anders uitdrukken en zeggen: de professor had vergeten, hem het koopen eener lijfrente aan te raden. Immers wij willen de vraag niet vooruitloopen, die wij straks zullen behandelen, in hoeverre de overeenkomst van lijfrente werkelijk een species is van het genus verzekering. Slechts daarop wenschen wij te wijzen, dat in het voorbeeld van Malss een diepe waarheid verscholen is, en het de nuttige zijde onzer overeenkomst zonneklaar in het licht stelt. Zijn voorbeeld is slechts één uit vele. De voorzichtige vader van een talrijk gezin, die vreest op zijn ouden dag de lust en de kracht tot arbeiden te zullen missen en daarom een deel van zijne verdiensten afstaat, om zich een lijfrente te koopen, is evenmin een koud egoïst als de man die hetzelfde doet, omdat hij, onbekwaam om te werken, van de renten van zijn geld moet, maar niet kan leven en dus van zijn kapitaal teert, dat ten slotte zal weggesmolten zijn vóór zijn dood. Zoo verzekeren beiden zich, hunne vrouw en hunne kinderen tegen het gevaar van een te langen levensduur zonder genoegzame middelen van bestaan. Is dan het leven op kosten van anderen zooveel zedelijker, en mogen wij niet met grond beweren, dat door de lijfrente voorzien is in een werkelijke behoefte van het verkeer?

Men beschouwe het voorgaande niet als een nuttelooze en noodelooze uitweiding. Het moest slechts dienen om te betoogen, dat de wetgever door de overeenkomst van lijfrente te erkennen, een rechtmatig, zedelijk en geoorloofd belang beschermde.

Thans gaan wij over tot de rechtskundige natuur der overeenkomst, waarover lang en veel is getwist. Men was het er over eens dat men, zoo zij sub titulo lucrativo was gevestigd, te doen had met een schenking, wier omvang van een onzekere gebeurtenis werd afhankelijk gemaakt. Maar wat zal moeten gelden

van een lijfrente onder een bezwarenden titel? Dat zij geen weddingschap is, zooals Scaccia en Casaregis beweren (1), behoeft, nadat wij de kenmerken dier overeenkomst nauwkeurig hebben onderzocht, geen betoog. Er bestaat niet eens een verschil van meening, laat staan een strijd van beweringen. Toch is dit verouderde gevoelen nog eens opgerakeld door Eichhorn (2), die het toekennen van rechtsgevolgen verdedigt op dezen grond »dass in dem Geschäfte sogleich eine Wette liegt." Hij geeft zich de moeite niet, zijn gevoelen eenigszins nader toe te lichten, en wij kunnen ons dus den last besparen, meer hierover aan te voeren.

Toch sluit de overeenkomst van lijfrente zich bij verschillende contracten zeer nauw aan, zonder mijns inziens met één van deze geheel ineen te smelten. Terwijl zij eenige verwantschap heeft met koop en verkoop, stuiten wij op de vraag: wat verkochte zaak, en wat prijs genoemd moet worden. (3) Men kan hier toepassen hetgeen een der oude scholen van het ruilcontract heeft beweerd, »non posse expediri quae videatur res venisse et »quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque videri et »venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri." (4) Evenmin kan zij tot de ruiling worden gebracht, omdat bij dit contract de eene *zaak* tegen de andere wordt verwisseld. (5) Ook van verbruikleening, hoezeer bij beiden eigendomsoverdracht

1) Geciteerd bij Troplong, l. c. no. 209.

2) l. c. p. 333

3) Althans in den regel, zoo een rente bedongen wordt tegen vergoeding eener geldsom, gelijk meestal geschiedt.

4) Gajus III § 141. Vgl: B. W. art. 1493 — C. c. art. 1582 — Pr. Lr. § 1 (Th. I, T. 2, § 1) — Oostenr. wb. § 1053.

5) B. W. art. 1577 — C. c. art. 1702 — Pr. Lr. I. 2. § 363 — Oostenr. wb. § 1045, dat in § 1046 uitdrukkelijk bepaalt: »Des Geld ist kein Gegenstand des »Tauschvertrages."

plaats grijpt, kan geen sprake zijn, omdat in dit geval zaken of geld van dezelfde hoeveelheid zouden moeten worden teruggegeven, terwijl juist het eigenaardige der overeenkomst van lijfrente hierin bestaat, dat de schuldenaar onherroepelijk eigenaar wordt van de zaak of het kapitaal, zonder ooit tot eenige teruggave verplicht te zijn (1). Eindelijk verschilt zij in velerlei opzicht van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente, waarmede men haar somtijds vergelijkt. De een is een kansovereenkomst, de andere niet; bij de een is het bedrag der rente niet gebonden aan een wettelijk maximum, bij de andere wel; de een is niet aflosbaar, de andere wel, om eindelijk niet daarvan te spreken, dat bij de een het niet op tijd betalen der rente of de staat van faillissement van den debiteur, geen grond oplevert tot vernietiging der overeenkomst en derhalve executie en zekerheidstelling voor het vervolg de eenige dwangmiddelen zijn, terwijl de schuldenaar eener altijddurende rente in geval van wanbetaling tot aflossing kan worden genoodzaakt (2).

In het reeds aangehaalde werkje van Malss is de overeenkomst van lijfrente onder de levensverzekering gerangschikt. Niet geheel ten onrechte, omdat de hoofdvereischten voor een geldige verzekering hier inderdaad voorhanden zijn. Er is belang, nl. dat men tot aan het einde zijner dagen genoegzaam zijn meest noodzakelijke levensbehoeften zal kunnen bevredigen; dat belang is op geld waardeerbaar en aan gevaar onderhevig, daarin bestaande, dat het leven langer zal duren

1) B. W. art. 1791 — C. c. art. 1892 — Pr. Lr. I. 2 § 653 — Oostenr. Wb. § 983.

2) Vgl. art. 1911—1913 met 1976—1979 C. c. en art. 1808—1809 met 1817, 1819 en 1820 B. W.; Pr. Lr. § 610, waar echter de bepaling omtrent niet-vernietigbaarheid wegens mora des schuldenaars niet is overgenomen; § 647 bepaalt juist het omgekeerde. Het Oostenr. Wb. bevat geen dezer artikelen, daar zullen derhalve de algemeene regelen omtrent contracten moeten gelden.

dan het kapitaal, waarvan men jaarlijks iets moet afnemen om daarmede met de overblijvende renten in zijn onderhoud te voorzien (1). Toch meen ik tegen de beschouwing van Malss te moeten opmerken, dat het eenigszins gedwongen is bij lijfrente te spreken van verlies, schade of gemis van verwacht wordend voordeel. Bij de levensverzekering lijden de kinderen of bloedverwanten van den verzekerde werkelijk pecunieele schade door zijn overlijden, dat hen van de vruchten zijner arbeidzaamheid berooft, de begrooting der som alleen is wegens de moeilijkheid der waardeering aan het goedvinden der partijen overgelaten. Hier daarentegen zou men er toe moeten komen, om een lang leven, of wil men liever een te klein kapitaal gepaard aan een lang leven, te noemen een schade, verlies of gemis van verwacht wordend voordeel. Men zal ons gereedelijk toegeven, dat deze voorstelling minstgenomen zeer gekunsteld is. Daarenboven is de verzekeringssom in den regel vast bepaald en wordt zij in eens uitgekeerd, terwijl zij hier daarentegen afhankelijk zou zijn van het aantal jaren dat de rente moet worden betaald (2). Eindelijk wijzen wij op een bedenking, die Heise in de volgende woorden formuleert: »Der eigentliche Ver-

1) »Die Lebensversicherung ist derjenige Versicherungsvertrag, welcher den Ersatz »eines solchen Nachtheils zum Zweeke hat, der durch das gänzliche oder theilweise »Aufhören der Lebensthätigkeit oder dadurch veranlasst wird, dass der Tod eines »Menschen abweichend von seiner wahrscheinlichen Lebensdauer eintritt." Betrachtungen, p. 28.

2) Endemann, (Goldschmidt's Zeitschrift, X. p. 293 laat zich eenigszins ironisch over dit argument uit. »Nur des bescheidenen Zweifels ist sich noch nicht ganz zu »erwehren ob denn sachlich daraus ein innere Unterschied hervorgehe, dass der »modus solvendi so oder so beliebt wird." Het geldt hier echter niet alleen de wijze van betaling, maar ook het quantum, en nu mag het waar zijn, dat ook de verzekeringssom in meerdere termijnen kan worden betaald, deze zijn dan toch aan geen wisseling onderhevig, en de verzekeraar is niet van zijn verplichting bevrijd voordat de geheele som is voldaan, terwijl bij ons contract onzekerheid heerscht, of er wel ooit iets zal worden uitgekeerd.

»sicherte ist nicht der dessen Leben zum Gegenstand der Ver»sicherung gemacht wird; dieser ist das was bei andern Ver»sicherungen die Waare ist (1)." Ook dit is juist en voegt een nieuw bezwaar bij die tegen de assimilatie van lijfrente en verzekering. Men heeft zich tot het gelijkstellen dezer twee overeenkomsten laten verleiden door de overweging, dat ten eerste de grond waarom partijen zich tot elkander in betrekking stellen bij beide de onzekerheid is, en ten tweede dat beide beschermen een zedelijk, rechtmatig en geoorloofd belang. Waar is het, door verzekering en door lijfrente waarborgt zich de voorzichtige huisvader tegen een onzekere, toekomstige gebeurtenis maar daarom zijn zij gelijksoortig, geenszins gelijk.

De wetgever sneed zeer te recht elken twijfel over de natuur van de overeenkomst van lijfrente af, door haar te maken tot een contractus sui generis, met eigenaardige rechtsgevolgen voorzien. Eenige daarvan, voor zooverre zij een uitvloeisel zijn van de aleatorische natuur van het contract, blijven ons ter beschouwing over.

Art. 1812 B. W. en 1968—1969 C. c. bepalen, dat lijfrente kan gevestigd worden hetzij onder een bezwarenden titel hetzij bij akte van schenking (2). Is het eerste het geval, dan zijn partijen niet aan een wettelijke rentemaat gebonden (3). Nu in nagenoeg alle staten de woekerwetten zijn afgeschaft, heeft deze bepaling zeker haar belangrijkheid verloren. Maar ook vroeger was zij mijns inziens geheel overbodig. Er kan van geen eigenlijke rente sprake zijn, al zij het ook dat het woord zelf eenigermate tot de verwarring medewerkt. De zoogenaamde rente,

1) Heise, Handelsrecht p. 418 § 208; Prof. de Wal, Handelsrecht D. I, p. 341.

2) Veel juister stelt de Code tegenover elkander »à titre onéreux" en »à titre gratuit."

3) Art. 1817 B. W. — art. 1976 C. c. — § 610 Pr. Lr. De kracht dezer bepaling dagteekent van de wet van 3 September 1807, dus na de invoering van den Code.

zegt Troplong (l. c.), is het equivalent van het kapitaal dat voor altijd vervreemd is en niet alleen een vergoeding voor het gebruik van dat kapitaal. Het is onzeker hoe lang zij zal worden uitbetaald, wellicht zal zij geen half % bedragen van de geldsom of de waarde der zaak, die in den eigendom van den schuldenaar is overgegaan. Het verbod nu van hoogere dan de wettelijke interessen strekte zich in onze eeuw nooit verder uit dan tot geldleening en daarmede hebben wij hier niet te doen. Ik kan mij dus geheel en al vereenigen met de woorden van Rückert (1): »Es ist selbstverständlich dass die Leibrente das Zinsmaximum übersteigen darf und es liegt darin keineswegs eine »Ausnahme von den Regeln des verzinsbaren Darlehns. Denn »in der Leibrente ist ja auch das zurückzahlende Capital enthalten."

Een vereischte bij elke kansovereenkomst is absolute of relatieve onzekerheid van beide partijen. Dit wordt door den nederlandschen en nog meer door den franschen wetgever strikt in acht genomen. »Alle lijfrente, gevestigd op het lijf van iemand die »overleden was op den dag waarop de overeenkomst is aange»gaan, is krachteloos" (2). De fransche schrijvers wijzen er op, hoe hier een ander beginsel is aangenomen als bij verzekering, waar in art. 365 C. c. (269 W. v. K.) is bepaald, dat de verzekering niet nietig wordt, zoo de verzekerde van het aanwezen der schade geen kennis heeft gedragen, waar dus zooals zij dit noemen »le risque putatif" genoeg is om de overeenkomst van kracht te doen blijven. Duranton zegt, dat voor deze afwijking geen reden bestaat, terwijl Paul Pont (3) hare verklaring daarin zoekt, dat bij de lijfrente het leven der personen de cause déterminante der partijen is; is dus de persoon dood, wiens leven den duur

1) l. c. p. 20.
2) Art. 1816 B. W.; C. c. 1974.
3) l. c. p. 360 env.

der renteschuld moet regelen, dan mist de verbintenis een oorzaak, en is dus haar grondslag ondermijnd. De verzekering daarentegen, zoo gaat hij voort, heeft tot oogmerk den verzekerde schadeloos te stellen wegens elk gevaar, toekomend of verleden (1). De tegenstelling is mij niet recht duidelijk; is dan b. v. bij levensverzekering het leven *niet* de cause déterminante der partijen? Of zou de verzekeraar er in toegestemd hebben, de overeenkomst aan te gaan, zoo hij wiens leven verzekerd wordt reeds overleden ware? En toch werd in het fransche recht hetzelfde beginsel niet gehuldigd (2). Ik zoek dan ook de oorzaak dezer bepaling in een geheel andere omstandigheid. Wat wil de verzekerde? Gewaarborgd zijn tegen elk gevaar; winnen wil en mag hij zelfs niet, hij verlangt slechts zekerheid niet te zullen verliezen. Wat wil daarentegen de kooper eener lijfrente? Hij wil meer dan zeker zijn niet te zullen verliezen, hij beoogt geheel iets anders dan indemniteit, hij gaat het contract aan om te speculeeren. Hij wil dat de lijfrente hem gedurende het leven van een bepaald persoon zal worden uitgekeerd; is deze dood, hetzij hij het wist of niet, hij heeft zijn doel geheel gemist en zijn kapitaal vervreemd zonder equivalent. Was daarentegen b. v. een schip reeds vergaan of aangekomen op het oogenblik dat het verzekerd werd, zonder dat de overeenkomende partijen iets daarvan wisten, de verzekerde heeft zijn doel bereikt; hij verloor niet en meer verlangde hij niet, terwijl de verzekeraar zijn berekening als naar gewoonte gemaakt en daarnaar het bedrag der premie had ingericht.

Overigens is de bepaling volgens het stelsel der hedendaagsche wetgeving overbodig, omdat zij reeds ligt opgesloten in de de-

1) Zie ook Troplong, l. c. no. 26.
2) In ons recht wel, door art. 306 W. v. K.

finitie, die de fransche en de nederlandsche wetgever van kansovereenkomsten gaven. Er bestaat in het geval van ons artikel geen onzekere (1), toekomstige gebeurtenis en de overeenkomst is dus nietig omdat zij een harer essentialia mist.

Bovendien bepaalt art. 1975 C. c., dat de overeenkomst van lijfrente eveneens krachteloos is, zoo degeen op wiens hoofd zij was gevestigd, binnen 20 dagen na het sluiten van het contract stierf aan een ziekte waaraan hij op dat oogenblik reeds lijdende was. Dit artikel is bij ons niet overgenomen, naar het schijnt op grond dat de wetgever geen nieuwe bron wilde openen voor een tal van moeilijke geschillen. Het komt mij voor, dat ook in jure constituendo een dergelijke regel geen aanbeveling verdient, daar het beide partijen steeds vrij staat zich nauwkeurig te doen inlichten omtrent den gezondheidstoestand van hem, wiens leven den duur der lijfrente bepaalt. Er kan dus niet beweerd worden, wat sommige fransche schrijvers doen, dat er in het geval van art. 1975 geen égalité de risque zou bestaan. Verzuimde een der beide partijen een onderzoek in het werk te doen stellen en werd hij dan bedrogen, habet quod sibi imputet.

Een ander zeer natuurlijk gevolg van het aleatorisch karakter der lijfrente bevat art. 1819 B. W. en 1978 C. c. »Wanbetaling »der verschenen lijfrente geeft den renteheffer geen recht om »aflossing van de hoofdsom of teruggave van het door hem daar»voor afgestane goed te vorderen" (2). Dit artikel is een uitzondering op den regel van art. 1184 C. c. en 1302 B. W. (3),

---

1) d. i. absoluut onzeker. Immers elders, in art. 1299 voegt de wetgever er bij: »of van eene reeds gebeurde, doch aan partijen nog onbekende zaak". Hier waar die woorden ontbreken is onzeker dus absoluut onzeker.

2) Het omgekeerde bepaalt § 647 Pr. Lr.

3) Troplong wijst consequent ook op art. 1654. C. c.

immers het geldt hier een wederkeerige overeenkomst, »waarin »altijd de ontbindende voorwaarde plaats grijpt in geval een der »partijen niet aan hare verplichting voldoet". Portalis verklaart dit op een allerzonderlingste wijze, door te beweren dat de wetgever niet om zulk een nietige (!) reden inbreuk wilde maken op wat hij noemt »la solidité des conventions." Alsof ditzelfde dan ook niet bij de altijddurende rente gelden moest (1) en bij alle wederzijdsche overeenkomsten. Duveijrier geeft als motief op, dat het artikel in het belang is des renteheffers, opdat deze niet in het tegenovergestelde geval genoodzaakt zou zijn zich de moeite te getroosten voor zijn kapitaal een nieuwe rente te zoeken (»de chercher un nouveau placement"). Troplong, die verstandig genoeg is zich met deze opvatting niet te vereenigen, vindt daarin toch veel waars! Men bedenke echter dat de renteheffer in dien tijd veel ouder is geworden, en derhalve thans op voordeeliger voorwaarden éen rente zal kunnen bedingen dan toen hij de overeenkomst had gesloten. Bovendien geeft, zooals Pont (2) te recht opmerkt, art. 1184 de keus, om òf de ontbinding der overeenkomst te vragen òf wel de nakoming, zoodat de renteheffer in de gelegenheid is het een of het ander dezer middelen te gebruiken. De ware grond dezer bepaling ligt dan ook, zooals wij reeds in den aanvang zeiden, in de aleatorische natuur der lijfrente. Bij een gewone wederzijdsche overeenkomst is het den rechter gemakkelijk, na het uitspreken der ontbinding, de zaken in den vorigen toestand terug te brengen. Ditzelfde is hier, wil hij billijk zijn, geenszins het geval. De schuldenaar heeft de renten wellicht al jaren betaald, ja misschien reeds zoolang, dat het geheele kapitaal is weggesmol-

1) Vgl. art. 1912 C. c. en 1809 B. W.

2) l. c. p. 382.

ten; de andere partij heeft gedurende een even langen tijd veel hoogere dan de gewone renten ontvangen." »Il a mangé, »zegt Pont zeer juist, peu à peu son fonds avec le revenu." Is het nu billijk, dat hij wegens het niet betalen van een of twee termijnen het geheele equivalent der rente zal terug erlangen, en bovendien wegens zijn rijperen leeftijd op betere voorwaarden een nieuwe rente zal kunnen koopen? Is het wonder, dat een wetgever, die in het algemeen zoo beducht was voor ongelijkheid van kans, en daarom met blijkbare vooringenomenheid huldigde het oude beginsel: geen groote verrijking van den een ten koste van den ander (1), een dergelijken regel vaststelde, dien wij om zijn innerlijke billijkheid ook in jure constituendo goedkeuren? (2)

Ten slotte wijzen wij nog op art. 1821 B. W. en 1979 C. c., die bepalen, dat »de schuldenaar zich niet van de betaling der

---

1) o. a. blijkbaar uit de rescission pour cause de lésion.

2) Vooral met het oog op dit artikel werd de kwestie opgeworpen, of de overeenkomst van lijfrente, zoo een zeer lage of de gewone rente bedongen wordt, niettemin een kansovereenkomst is, een vraag die door nagenoeg alle fransche schrijvers ontkennend werd beantwoord. Zij beweren dat in dit geval art. 1978 niet van kracht is, want, zeggen zij, 't is een schenking en deze wordt nietig wegens niet vervulling der voorwaarde. In ons eerste hoofdstuk (§ 3) trachtten wij de onjuistheid van deze meening te betoogen; men volgt hier weder de echt fransche methode van redeneering buiten de wet om. Het contract, wij herhalen het, is en blijft een lijfrente en derhalve ook een kanscontrakt, al bepaalt zich het bedrag der renten tot een minimum, zoolang niet het doel des renteheffers is, een liberaliteit te bewijzen. Onjuist is daarom een arrest van het hoog gerechtshof van 28 December 1831 dat de vraag: »Si l'aliénation d'un immeuble a été faite moyennant une rente viagère, et »que cette rente soit inférieure au revenu de l'immeuble, le vendeur pourrait-il »demander la rescission pour cause de lésion en se fondant sur l'article 1674?" bevestigend beantwoordde. Zeer juist zegt Favard (Répertoire de la nouvelle législation, s. v. contrat de r. v.): Al blijft ook de rente beneden het wettelijk maximum, toch is het contract niet per se een donatie, »la loi ne répute donation la rente »viagère, que lorsqu'elle a été constituée au profit d'un tiers qui n'en a pas fait »les fonds."

Digitized by Google

»lijfrente kan ontheffen door de teruggave der hoofdsom aan te »te bieden en door af te zien van de terugvordering der betaalde »renten, en dat hij met de betaling der rente moet voortgaan, »gedurende het geheele leven van den persoon of der personen »op wier lijf de rente gevestigd is, hoe bezwarend ook de be- »taling dier rente voor hem worden moge." Deze regel is wederom een onmiddelijk uitvloeisel van de natuur dezer overeenkomst, welke aan den eenen kant medebrengt, dat de geldsom of zaak onherroepelijk het eigendom wordt van den schuldenaar die nooit tot eenige teruggave verplicht is, en aan den anderen kant, dat de rente onafscheidelijk aan het leven van een bepaald persoon wordt vastgeknoopt. De overeenkomst strekt beide partijen tot wet, zij hebben zich vrijwillig aan de kansen van het toeval onderworpen en moeten er derhalve de voor- of nadeelige gevolgen van dragen. Een goede definitie had ook dit artikel overbodig gemaakt.

Wij gelooven hiermede onze taak als geeindigd te kunnen beschouwen. Wij bepaalden ons slechts tot die weinige artikelen, waarbij de aleatorische natuur van het contract en hare gevolgen een meer of minder belangrijke rol spelen. Andere vragen te behandelen, ligt buiten ons bestek.

Afdeeling 5.

De overeenkomst van koop van toekomstige zaken.

Wij kunnen, wat deze overeenkomst betreft, kort zijn. Wij bespraken haar reeds in ons eerste hoofdstuk en wezen op de aleatorische natuur der emtio spei, d. i. een zoodanige overeenkomst van koop, waarbij »der Kaufpreis, ohne Rücksicht ob »das mögliche Ding zur Existenz kommt oder nicht, versprochen, »also gewissermassen die Möglichkeit des Dinges, nicht mehr »bloss das mögliche Ding gekauft wird" (1). Wij wezen op de onjuiste meening die Opzoomer en Vangerow zich van de emtio rei speratae vormden, als ware nl. de koopprijs geevenredigd aan de opbrengst van het gekochte, en verklaarden daaruit hun stelsel als zoude de emtio rei speratae geen kanscontract zijn. Thans slechts eenige weinige opmerkingen omtrent de bepalingen van het romeinsche recht en enkele nieuwere wetboeken.

»Nec emtio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi;" (2) daarop is de emtio spei een uitzondering, als men nl. res in de beperkte beteekenis van het woord neemt. Daarentegen bij de emtio rei speratae moet er een zaak zijn, opdat er koop besta (3); slechts het quantum is onzeker en heeft geen invloed

1) Brinz, l. c. § 112, p. 478 env. Kan men werkelijk beweren dat in dit geval »möglicherweise nichts gekauft wird?" Ik zou mij gaarne met den schrijver vereenigen, zoo hij gezegd had: »möglicherweise nichts geliefert of erworben wird." Gekocht immers is in elk geval de hoop en daarom spreken de Duitschers dan ook van Hoffnungskauf.

2) L. 8 D. de contrahenda emtione (XVIII. 1). De wet zelf verklaarden wij reeds vroeger.

3) L. 7 D. de hereditate vel actione vendita (XVIII. 4·) »Quum hereditatem ali-

op den vooruit bepaalden koopprijs. Het duidelijkst zullen de verschilpunten tusschen beide overeenkomsten in het oog springen door de beschouwing van de in de noot aangehaalde L. 7 D. XVIII, 4 en L. 10 en 11 van denzelfden titel. A zegt tot B: ik verkoop u een erfenis; nu moet er in elk geval een erfenis zijn, opdat de overeenkomst kracht hebbe, in het tegenovergesteld geval is zij nietig. Maar nu kan A ook met B overeenkomen: ik verkoop u al mijn rechten, die ik op een erfenis hebben mocht (»si quid juris esset venditoris"); dan is de kans van voordeel op den kooper overgegaan, maar evenzeer de geheele risico, en al zou nu de erfenis den verkooper niet te beurt vallen, is toch de overeenkomst volkomen van kracht. Want in dit geval, voegt Ulpianus bij de woorden van Javolenus, is als het ware slechts een spes hereditatis verkocht. (»ipsum enim incertum rei »veneat ut in retibus".)

Een aardig voorbeeld van een emtio rei speratae vinden wij ten slotte bij Plinius (1), waarmede wij van het romeinsche recht afscheid nemen. De schrijver zelf had aan eenige opkoopers zijn oogst verkocht voor een prijs, die de speculanten had doen watertanden, omdat hij hun ook voor de toekomst vrij laag toescheen (»invitabat pretium et quod tunc et quod fore videbatur"). Maar de hoop bedroog hen (spes fefellit) en nu is Plinius edelmoedig genoeg om hun een deel van den koopprijs ten geschenke te geven. Hij doet dit echter op zijne wijze, bevoordeelt de goede betalers boven de slechte en behandelt ieder naar zijn verdienste, zoodat men, eindigt hij, van mij niet zal kunnen zeggen:

»quis vendidit debet esse hereditas ut sit emtio; nec enim alea emitur ut in venatione »et similibus sed res; quae si non est, non contrahitur emtio et ideo »pretium condicetur."

1) Epistolarum Lib. VIII. Ep. II.

ἐν δ' ἰῇ τιμῇ ἠ μὲν κακὸς ἠδὲ καὶ ἐσθλός (1).

Ook het hedendaagsche recht zal ons tot geen lange uitweidingen aanleiding geven. Slechts twee wetboeken, het Pruisische en het Oostenrijksche, houden omtrent dit onderwerp opmerkenswaardige bepalingen in. § 528 P. Lr. geeft een definitie van de emtio spei, § 529 en § 582 van de emtio rei speratae, terwijl § 530, als een natuurlijk gevolg der laatstgenoemde overeenkomst, het contract nietig verklaart, zoo de res sperata in het geheel niet ter wereld komt (2). §§ 532—537 houden eenige regelen in omtrent de onzekerheid. Bestaat er bij het aangaan eener emtio spei volkomen zekerheid voor beide partijen, dat de res sperata reeds bestaat, dan is de overeenkomst een gewoon koop- of ruilcontract (§ 532); bestond die zekerheid alleen voor een van beide, dan is de ander, zoo hem dit niet werd medegedeeld, niet verbonden (§ 533); wisten beide partijen dat de hoop niet zou worden verwezenlijkt, dan is de overeenkomst een schenking (§ 534); was dit alleen den verkooper bekend, dan is de kooper van elke verplichting ontslagen (§ 535); had eindelijk

1) Bij Kreitmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum, D. IV. p. 239, vinden wij een voorbeeld van de emtio spei. Iemand had gekocht de jactus retis en de visscher haalt een gouden ring op. Apollo Delphicus, die in dit moeilijk geval werd geraadpleegd, wees, meer egoïst dan jurist, dezen toe aan den wijsste van Griekenland. Die wijsste, hij was het zelf.

2) Pr. Lr. § 528: „Ist die blosse Hoffnung eines künftigen ungewissen Vortheils „der Gegenstand des Vertrages, so besteht derselbe, wenn auch gar kein Vortheil „wirklich wird."

§ 529: „Sind Vortheile, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur oder der „Geschäfte zwar erwartet, aber noch nicht bestimmt werden konnten, der Gegen„stand des Vertrags gewesen, so besteht derselbe ebenfalls, wenn gleich der Vortheil „der davon gehegten Erwartung nicht gemäss ausfällt."

§ 532: „War es zur Zeit der geschlossenen Verabredung schon gewiss, und „beiden Theilen bekannt, dass das, was als eine Hoffnung verkauft wurde, schon „da sei, so muss der Vertrag nach den Grundsätzen des Kaufs oder Tausches „beurtheilt werden."

op het oogenblik van het aangaan van het contract de gebeurtenis, waarvan winst of verlies afhankelijk werd gemaakt, reeds plaats gehad, en was dit aan partijen bekend, dan blijft toch de overeenkomst een kansovereenkomst, mits slechts het quantum van winst of verlies onzeker zij.

Minder breedsprakig is het oostenrijksche wetboek (1). § 1275 verkondigt, en te recht, juist het tegenovergestelde van de meening van Vangerow en Opzoomer. »Wer für ein bestimmtes »Mass von einem künftigen Ertrāgnisse einen verhältnissmässigen »Preis verspricht, schliesst einen ordentlichen Kaufvertrag." Zonderling wijkt § 1276 van het algemeen aangenomen stelsel af; zij spreekt zoowel van de emtio rei speratae (»wer die künftigen Nutzungen einer Sache in Pausch und Bogen") als van de emtio spei (»oder wer die Hoffnung derselben in einem bestimmten Preise kauft"), en laat daarop dezen regel volgen, die op beiden toepasselijk is: »er (der Käufer) trägt die Gefahr der ganz vereitelten Erwartung." Men kan dus volgens het stelsel des oostenrijkschen wetgevers op de emtio rei speratae niet het romeinsche: »nec enim alea emitur ut in venatione et similibus" toepassen. Als voorbeeld eener dergelijke overeenkomst wijst § 1277 op den koop van een aandeel in een bergwerk (Kux) en § 1278 op dien eener erfenis. Met de onzekerheid verdwijnt ook de aleatorische natuur, en is er dus van de erfenis een inventaris opgemaakt, dan is de overeenkomst geen Hoffnungskauf (2) meer, maar een gewoon onvoorwaardelijk koopcontract. De overige bepalingen van het oostenrijksche wetboek zijn voor ons van geen belang, daar zij slechts de verhouding regelen van den kooper tot de erfenis, voortspruitende uit het erfrecht.

1) Waartoe immers dient b. v. § 582 Pr. Lr. na § 529 of § 587 na § 530?

2) Zou wellicht het woord kanskoop in onze taal het begrip der emtio spei kunnen teruggeven?

Afdeeling 6.

De overeenkomst van verzekering.

Inleiding.

Onder de overeenkomsten, die én voorzien in een algemeen gevoelde behoefte van het verkeer én een rechtmatig belang beschermen, bekleedt de verzekering een eerste plaats. Men mag in onzen tijd met grond beweren, dat zij de spil is om welke de geheele zeehandel draait. Zij draagt een bij uitstek kosmopolitisch karakter. Gelijk de Romeinen, wars van bekrompen exclusivisme, een tal van instellingen ontleenden aan het jus gentium en die dan hervormden naar hun eigen landaard en behoeften, zoo hebben de tegenwoordige wetgevingen van Europa de hoofdbeginselen der verzekering ontleend aan het niet geschreven recht en zijn slechts daar afgeweken, waar zij in eigenaardige zeden en gewoonten der natie daartoe aanleiding vonden. Wij hebben vroeger reeds gewezen op de redenen harer groote uitbreiding. Wij merkten op, hoe zij te kampen had tegen de verderfelijke leer die de geheele middeleeuwen beheerschte, en hoe zij eindelijk zegevierend uit den strijd te voorschijn trad. Maar helaas! de moeilijkheden die haar vrije ontwikkeling belemmerden, waren door die ééne overwinning nog niet uit den weg geruimd; nauw was het eene bezwaar verdwenen, of een ander kwam op en dreigde den bloei der verzekering te knakken (1). Reeds begon

1) Vgl. Endemann, in Goldschmidt's Zeitschrift D. IX, p. 529: »Auch lasst »sich sogar nicht verkennen dass zwischen Wucher und Spiel eine Wechselwirkung »existirt, welche, indem das Niveau des einen steigt das des andern fallen macht »und umgekehrt. Indem das Wucherverbot jede regelmässige Kapitalnutzung abschnitt,

het verkeer, van de belemmeringen van het woekerdogma verlost, vrijer te ademen; de handel werd wereldhandel, de gelegenheid, om een deel van zijn vermogen in allerlei ondernemingen te wagen werd opengesteld, en de speculatiezucht, opgewekt door de hoop op groote winst, deinsde zelfs niet voor het gevaar van aanzienlijk verlies terug. Zoolang nu dat wagen, dat speculeeren op den uitslag eener onzekere gebeurtenis, de behoeften van het verkeer bevredigde, meende het recht niet te moeten tusschen beide treden. Maar bood de onderneming alleen een, naar zijn wijze van zien, schadelijke zijde aan, werden de groote gevaren, die voor de maatschappij uit de ongebreidelde speelzucht der menschen geboren worden, niet opgewogen door eenig denkbaar nut of voordeel, dan omklemde het recht haar met ijzeren boeien en trachtte haar binnen de grenzen terug te dringen. Zoo is het ook met de verzekering gegaan. Zoolang zij een rechtmatig belang beschermde en aan den solieden handel dienstbaar was, verwierf zij zich de volkomen erkenning van den wetgever. Maar ging zij de perken te buiten, dreigde zij te ontaarden in een bloote speculatie schijnbaar zonder nut, dan ontsnapte zij nimmer aan het waakzaam oog van het recht en werd angstvallig onderzocht of zij, gelijk vroeger tegen het woekerdogma, zoo ook thans niet streed tegen de heerschende, strenge beginselen omtrent spel en weddingschap. En had nu de wetgever zich slechts bepaald krachtig op te treden, daar waar werkelijk spel voorhanden was! Maar door kleingeestige vrees liet hij zich leiden op een verkeerden weg en trad belemmerend en

———

»trieb es zum Spiel und zwang der Doktrin zu einer gewissen Konnivenz gegen »den irregulären Gewinn. Je freier hent zu Tage das Kapital seinem Zins-oder »Dividendengewinn nachgehen kann, desto leichter glaubt sich das sittliche und recht»liche Gefühl entrüsten zu müssen gegen die Neigung Spiel und Wettegewinn zu »machen."

benauwend tusschen beide, waar hij alles had moeten overlaten aan den wil der overeenkomende partijen.

Men noeme onze schildering van de gevolgen dier beperkende bepalingen niet overdreven noch werpe men ons tegen, dat dan toch de verzekering zich in onzen tijd in een ongekenden bloei verheugen mag, en de ziel is van den wereldhandel. Wij weten het immers al te wel en wezen er reeds op bij gelegenheid van spel en weddingschap, dat het verkeer zich niet ongestraft laat binden en beperken, maar zich ondanks alle wettelijke bepalingen vrij ontwikkelt. Zoo ergens, dan zal hier de onmacht des wetgevers duidelijk aan het licht komen. Hij vergat dat de wet is voor den mensch en niet de mensch voor de wet; zoo hij thans zijne regelen dagelijks ziet overtreden en met zijne bepalingen hoort spotten, hij heeft het zich zelf te wijten. Hij ging den rijken bron der ervaring voorbij en putte uit de dorre en drooge wel der middeleeuwsche theorie (1). Zoo is het ook in onze dagen gebleven; wij beschreven den toestand van eenige eeuwen geleden, maar tevens het standpunt, waarop de wetgeving omtrent de verzekering nog heden ten dage staat en waarop zij zal blijven staan, zoolang een te angstvallige wetgever de rol van zedemeester blijft spelen en inbreuk maakt op den onschendbaren regel »pacta esse servanda" (2).

Voor dat wij er toe overgaan, om het eigenaardig standpunt aan te wijzen dat de overeenkomst van verzekering, ten gevolge

---

1) Vgl. Malls, Betrachtungen p. 3: »Unter allen Zweigen des Rechts ist kaum »einer von der Wissenschaft so vernachlässigt worden wie das Versicherungsrecht. »Entstanden auf dem hohen Meere und in den grossen Emporien des Welthandels »ist es von jeher dem Binnenländer fremd, dem Stubegelehrten nahezu unver»ständlich geblieben.

2) Endemann, das deutsche Handelsrecht § 175, p. 845 n. 1. »Wer die älteren »Darstellungen des Straccha u. s. w. kennt, erstaunt über die Stabilität der scholas»tischen Behandlung".

van den strijd tusschen theorie en practijk, **thans** inneemt, willen wij trachten een vraag te beantwoorden, die door een aantal schijvers in verschillenden zin is beslist (1), de vraag nl. of de Romeinen de verzekering hebben gekend?

Stellen wij ons, alvorens de plaatsen die men voor de bevestigende meening heeft aangevoerd aan een kort onderzoek te onderwerpen, eenige oogenblikken op het standpunt van hem, die onbekend met de romeinsche wetgeving, alleen geleid door zijn verstand en inzicht, zijn oordeel over deze kwestie moet uitspreken. De eerste vraag die zich dan aan hem zal voordoen, zal deze zijn: waren de Romeinen in den eigenlijken zin een zeevarend volk? Het antwoord zal gewis, vooral in de tijden der republiek, ontkennend moeten wezen. De middelen van vervoer lieten veel te wenschen over, het onderling verkeer was tot eenige weinige beschaafde natien beperkt, en als wij lezen, dat een reis van Beritus naar Brundusium en terug op 200 dagen werd berekend (2), dat gedurende 120 gevaarlijk geachte dagen (van 11 November tot 10 Maart) de zee als gesloten werd beschouwd (3), dan zal het ons niet meer verwonderen, dat de voorzichtige koopman niet gaarne aan het grillig element zijn welvaart toevertrouwde. Bovendien wijdden zich de Romeinen, in den klassieken tijd ten minste, bijna uitsluitend aan de politiek,

---

1) Zie o. a. Glück, l. c. D. XXI, § 1141; Hugo, civilistisches Magazin, D. II no. 4 (ob die Römer Assecuranzen hatten); Pöhls, Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts, D. IV (Assecuranzrecht) p. 5 env.; Emérigon, Traité des assurances (uitgave van Boulay-Paty) Préface, p. IV; Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift, D. IX, no. IV, p. 284 env.

2) L. 122 § 1 D. de verborum obligationibus (XLV. 1).

3) Goldschmidt, Untersuchungen zu L. 122 § 1 D. XLV. 1., en over deze moeilijke wet in het algemeen: Huschke, das Schiffsdarlehn des Callimachus, in het Zeitschrift für Civilrecht und Process, Neue Folge, D. X, p. 1 env.

aan de uitbreiding hunner grenzen naar buiten, en aan het maken van veroveringen. Zij beschouwden den handel slechts als bijzaak, ja dikwijls als beneden de waardigheid van een echten civis romanus (1); de verkiezing hunner magistraatspersonen, hun invloed op het lot van andere natien, de veroveringen hunner veldheeren waren hun hoofdzaak. Het forum was niet gelijk onze beurzen de plaats van samenkomst der kooplieden, maar veeleer bestemd tot de bevordering van politieke doeleinden. Daar bewoog zich dag aan dag, van 's morgens vroeg tot 's avonds laat een talrijke menigte, niet zoozeer om speculatien op touw te zetten, dan wel om politieke vraagstukken te behandelen, de candidaten voor praetuur en consulaat te bespreken en hen aan een strenge critiek te onderwerpen. Wel is waar, op het einde der republiek en vooral in het begin van den keizertijd kwam in dien toestand verandering, de handel nam toe in bloei en verschafte vooral aan den derden stand een rijk middel van bestaan. Toch bleef de zeevaart een gevaarlijke onderneming en blootgesteld aan velerlei kansen van mislukking. Nu eens dreigden stormen schip en lading in de diepte te doen verdwijnen, dan weder maakte zich de vijand in een der talrijke oorlogen van de zuur verdiende penningen meester. Het kompas was nog niet uitgevonden, voldoende kennis der natuurverschijnselen ontbrak geheel en al. Wie zou het onder dergelijke omstandigheden, waar zelfs de meest juiste waarschijnlijksheidsrekening falen moest (2), wagen, tegen nog zoo hooge vergoeding het gevaar op zich te nemen van de

1) Zie b. v. de Lex Claudia, nog door Cesar bekrachtigd, die den senator verbood een schip van meer dan 200 amphorae te bezitten. Mommsen, römische Geschichte D. I. p. 850; Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in die Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine D. I, p. 197 env.

2) Hoe gebrekkig deze bij de Romeinen was, blijkt uit een merkwaardig voorbeeld bij de berekening van 's menschen levensduur. L. 68 D. ad legem Falcidiam (XXXV, 2.)

schade die den handelaar treffen kon! En zoo men er al aan gedacht had daartoe over te gaan, hetzij geprikkeld door de hoop op aanzienlijke winst, hetzij uit bereidwilligheid, zou dan niet het equivalent van het groote gevaar zooveel hebben moeten bedragen, dat de voordeelen die een koopman uit zijn onderneming dacht te trekken, òf niet, òf hoogstens juist het bedrag der te betalen premie zouden bereiken?

Zoo zouden wij dus reeds a priori tot het gevoelen overhellen, dat de verzekering een vrucht is van latere tijden, die haar oorsprong en bloei naast andere redenen te danken had, zoowel aan de ontdekking van Amerika en de daarmede in verband staande omwenteling in het handelsverkeer (1), als aan de meerdere volkomenheid der middelen van vervoer die het gevaar verminderde, zonder de mogelijkheid daarvan weg te nemen, aan de meerdere ervaring en aan de betere kennis der natuurverschijnselen, welke den verzekeraar in staat stelt berekeningen te maken, die op een juisten en redelijken grondslag berusten (2). Wij zullen thans nog kortelijk onderzoeken, in hoeverre dikwijls aangehaalde en verkeerd verklaarde plaatsen der oude schrijvers tegen onze aprioristische meening indruisen.

Livius verhaalt (Lib. XXIII, c. 48 en 49) het volgende: Op het einde van den zomer van het jaar 215 v. Chr., dus gedu-

---

1) „Alors, zegt Merlin (l. c. s. v. police et contrat d'assurance), les quatre par„ties du monde se sont rapprochées."

2) Meer aan deze redenen dan aan de door Endemann opgegevene, meen ik de oorzaak van het niet bestaan der verzekering bij de Romeinen en haar latere opkomst en bloei te moeten toeschrijven. Wanneer deze nl. toegeeft (l. c. p. 300) dat: „der römischen Doktrin die Fähigkeit solche ideale Begriffe wie das Tragen „der Gefahr zu konstruiren nicht abgesprochen werden kann," dan is mijns inziens de afstand tot de overname van gevaar als „selbständiger Vertrag" niet zeer groot, of het eene begrip niet zooveel abstrakter dan het andere, vooral niet daar bij het foenus nauticum het dragen van de risico door den geldschieter de geheele overeenkomst beheerscht.

rende den tweeden Punischen oorlog, schreven P. en Cn. Scipio naar Rome, dat het overwinnend leger in Spanje gebrek had aan het meest benoodigde. De staatskas was ledig en men besteedde dus te Rome het leveren van kleeding en levensmiddelen aan het leger aan, met de bepaling dat de aannemers zouden worden betaald, zoodra er weder geld in kas zou zijn. Drie societates verklaarden zich bereid in de behoeften te voorzien, onder twee voorwaarden: ten eerste zou men hare leden vrijdom van krijgsdienst toekennen, en ten tweede zou de staat dragen het gevaar van de schade, die de in schepen geladen goederen van storm of vijandelijken aanval hadden te duchten (ut, quae in naves imposuissent ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent) (1).

Het is mij niet gelukt, hier eenig spoor van verzekering te ontdekken. Wat is er geschied? De staat kocht van leveranciers een bepaalde hoeveelheid goederen, te leveren in Spanje aan het legioen der Scipio's. Nu zou, omdat het gold res quae pondere, numero, mensura constant de risico tot aan de levering bij de verkoopers blijven. Neen, zeggen deze, dit is ons te gevaarlijk, wij willen de levering als geschied beschouwen op het oogenblik dat wij hier te Rome de goederen hebben ingeladen, en belasten ons dan voor uw rekening en risico met het transport naar

1) Vgl. Lib. XXV, C. 3, waar verhaald wordt dat men van de gelegenheid dat de staat de risico van het transport van goederen op zich had genomen, gebruik gemaakt had om valsche schipbreuken op te geven of de schepen met opzet in den grond te boren („quia publicum periculum erat in iis quae portarentur ad exercitus"). Het is minstgenomen zeer zonderling, dat Hugo (l. c. p. 130) vermoedelijk de in de tekst verklaarde plaats niet kende en zich daarom tot de uitlegging der laatste bepaalde, die m. i. veel minder belangrijk is; te meer wekt dit onze verbazing op, daar hij het bij een anderen schrijver aangehaalde voorbeeld voor een drukfout houdt (XXIII, 44 in plaats 49) en dus, door eenige capita verder te lezen, ook onze plaats had gevonden. Zijn betoog, waarvan ik in hoofdzaak ben afgeweken, wordt daardoor niet klemmender.

Spanje. De eenige afwijkende schakeering die ons deze overeenkomst aanbiedt is dus deze, dat de zaken die het voorwerp van den koop beschouwd werden als niet vervangbare zaken waren. Wat er ook gebeure, de staat draagt de risico (1).

Veel beteekenis hechten onze tegenstanders aan een uitdrukking van Cicero in een brief aan Sallustius (2). Bij zijn aanstaand vertrek uit de provincie is hij zeer bezorgd over den buit en schrijft derhalve aan zijn vriend, dat hij van plan is te Laodice borgen (praedes) te nemen »omnis pecuniae publicae, ut »et mihi et populo romano cautum sit sine vecturae periculo." Mijne meening is eenvoudig deze, dat Cicero met kooplieden te Laodice het volgende contract had gesloten: het geld wat ik u hier uitbetaal of den koopprijs der goederen die ik hier achterlaat, beding ik van u te Rome te zullen terug ontvangen. Dit is dus een gewoon mutuum of een emtio venditio, waarbij dan als iets accessoirs de borgen komen tot zekerheid der uitbetaling, iets wat in hoofdzaak gelijkt op onzen wissel of assignatie. Cicero betaalt b. v. een zekere geldsom aan het huis A te Laodice, dat een wissel trekt op zijn correspondent of filiaaltak te Rome, waarvan Cicero de nemer is. Te eerder houd ik dit voor de juiste opvatting, omdat zonder borgen niet licht in naam van den staat werd gecontraheerd; praedes zijn dan ook bij uitnemendheid borgen van den staat (3).

Zij, die een andere meening zijn toegedaan, hebben tegen

1) Men zou wellicht kunnen beweren dat, wegens de voor den staat nadeelige overname der risico, de aannemingsprijs lager gesteld werd en de aannemers alzoo in zekeren zin een verzekeringspremie betaalden, doch uit de aangehaalde plaats blijkt, dat de societates in geen geval zouden hebben willen leveren dan onder die voorwaarde. Eerst toen deze door den staat was aangenomen, verklaarden zij zich bereid (utroque impetrato conduxerunt).

2) Epist. ad familiares II, 17.

3) Varro, de lingua latina L. V, c. 7. Cicero in Verrem I, c. 54.

onze redeneering twee bedenkingen. Ten eerste, voeren zij aan, is Cicero te ijdel en hoopte hij te zeer een triomf, dan dat hij zijn buit in geld omzetten en niet met wagens vol kostbaarheden een schitterende zegetocht door Rome houden zou, daarom zal hij al die zeldzame voortbrengselen van kunst wel niet te Laodice hebben achtergelaten. Het bezwaar is gemakkelijk te wederleggen; er is alleen van geld sprake; de beteekenis van pecunia is in den regel (1) geen andere en wordt door tal van plaatsen bevestigd. Praedes, zegt men verder, zijn zij die **instaan** voor de betaling, niet zij welke die aan anderen opdragen. Kan dan dezelfde societas publicanorum niet te Laodice een hulpkantoor hebben gehad en te Rome den zetel van haar vermogen en het verblijf van eenige harer deelgenooten?

Wanneer wij na deze voorbeelden uit den klassieken tijd het oog richten op een latere periode en de plaatsen uit de Pandekten, die voornamelijk in den titel de verborum obligationibus (XLV. 1) voorkomen (2), in verband beschouwen met een uitdrukking van Suetonius in vita Claudii (c. 18), dan vinden wij daar ongetwijfeld vele eigenaardige bepalingen omtrent de leer van het periculum. Maar nergens is sprake van een zelfstandig contract, waarbij een derde persoon, die volstrekt niet is belanghebbende in de tusschen twee andere personen gesloten overeenkomst, op zich neemt de schade te vergoeden die een der partijen door een onzeker ongeval lijden kan. Steeds bestond er vroeger een rechtsbetrekking tusschen de contrahenten, hetzij door koop, hetzij door huur, of commodaat, hetzij uit anderen hoofde. Steeds is de bijzondere regeling omtrent het dragen van gevaar slechts een kleine wijziging, die

---

1) Ik zeg in den regel, want in enkele gevallen komt het in uitgebreideren zin voor b. v. Gajus III, § 124.

2) L. 10, L. 45 § 2 (waarin sommigen sporen der levensverzekering meenen te ontdekken), L. 63, L. 129.

in de oorspronkelijke overeenkomst wordt gebracht en nooit hare natuur verandert. Evenmin is de stipulatie: »decem aureos das »si navis venerit" en de wedervraag: »decem dare spondes si »navis non venerit" een verzekering, maar een gewone voorwaarde of weddingschap, daar uit niets blijkt, dat de stipulator bij het aankomen van het schip of bij het feit dat Titius al of niet consul worden zou, belang had. Voegt men bij dit alles, dat de uitdrukking assecuratio van de Middeleeuwen dagteekent, en de verzekering, zoo zij bij de Romeinen bestaan had, wel een naam zou gehad hebben, dan geloof ik op het einde van mijn betoog de stelling te mogen neerschrijven: Het romeinsche recht kende de verzekering niet als een zelfstandige overeenkomst.

Wij komen thans tot het hedendaagsche recht. Aan de behandeling daarvan wenschen wij een algemeene opmerking te doen voorafgaan. Het gebied waarop wij ons zullen bewegen, is zeer uitgebreid en zelfs enkele onderdeelen geven reeds stof tot verhandelingen die de vrucht moeten zijn van langdurigen arbeid en rijke ervaring. Aan beiden ontbreekt het mij grootendeels. Zelfs als wij ons bepalen tot de werking van de aleatorische natuur dezer overeenkomst, is onze taak geen gemakkelijke. Niet alsof het eigenaardig kenmerk der kansovereenkomsten, de onzekerheid namelijk uit een juridisch oogpunt een overwegenden invloed zou uitoefenen, maar veeleer omdat het onze plicht is te bewijzen, dat ook hier weder de angstvalligheid der wetgevers, gegrond op economische bezwaren, m. a. w. hun vrees voor een ontaarding der verzekering in voor het verkeer nuttelooze overeenkomsten, de oorzaak geweest is, waarom zij haar plaatsten in één rubriek met spel en weddingschap, handelingen waaraan zij om meer dan eene reden hun bescherming meenden te moeten ontzeggen.

Wij wenschen dan in de eerste paragraaf te spreken over de verzekering in het algemeen, en vooral te wijzen op den invloed der onzekerheid, in zooverre bij gebreke daarvan de overeenkomst van aard verandert. De volgende paragrafen zijn uitsluitend gewijd aan de beschouwing der economisch-aleatorische natuur der verzekering, en de bepalingen waartoe zij den wetgever aanleiding gaf. Achtereenvolgens zullen wij behandelen de dubbele en oververzekering (§ 2), de herverzekering (§ 3), de verzekering van vracht en verwacht wordende winst (§ 4), de leer der getaxeerde polis (§ 5) en de levensverzekering (§ 6). Eindelijk zullen wij in een laatste paragraaf (§ 7) onze beschouwingen resumeeren, en vooral met het oog op de polissen van verzekering op behouden varen, er op wijzen hoe de practijk zich steeds aan de heerschappij der wetgeving heeft weten te onttrekken (1).

Ons overzicht zal noodzakelijk onvolledig moeten zijn, omdat wij missen eigen waarneming en wat het praktische gedeelte betreft, door de oogen van anderen moeten zien. Zoo ergens, dan is bij de verzekering ondervinding noodzakelijk. »Von allen Lehr»büchern", zegt Benecke, »führt uns das Lehrbuch der Erfahrung »zu dem sichersten Wegweiser für die Zukunft" (2) Doch gelukkig zijn wij niet al te zeer van hulpmiddelen verstoken. Vele uitstekende mannen zijn ons voorgegaan en hebben de resultaten van hun onderzoek in menig voortreffelijk werk neergelegd. Bovendien staan ons ten dienst allerlei polissen, — die rijke bron van het verzekeringsrecht — van verschilllende maatschappijen.

1) De zeeverzekering is de verzekering bij uitnemendheid. Zoo wij dus voorbeelden gebruiken, zal het steeds zijn van een schip of een lading, aan zeegevaar blootgesteld.

2) Seeassecuranz und Bodmereiwesen, vollständig und zeitgemäss umgearbeitet von Vincent Nolte, p. 15.

in verschillende landen, welke zoo wij ze nauwkeurig raadplegen, ons althans gedeeltelijk het gemis van eigen waarneming kunnén vergoeden (1).

---

§ 1.

Verzekering in het algemeen.

De overeenkomst van verzekering is een zoodanige, waarbij iemand tegen vergoeding eener premie, op zich neemt het gevaar eener volstrekt of betrekkelijk onzekere gebeurtenis, waaraan een op geld waardeerbaar belang van een ander is blootgesteld (2).

Wij wijken in onze definitie in meer dan één opzicht van die anderen af. Het meest komt zij overeen met die van den uitstekenden de Groot: »Verzekering is een overkoming, waardoor »iemand op zich neemt het onzeker gevaar dat een ander had te »verwachten, dewelke wederom hem daarvoor gehouden is loon »te geven" (3). Alleen hebben wij met het oog op art. 269 W. v. K. (365 C. de c., § 1291 oostenr. wb. en § 789 A. D. H.) waarop wij later terugkomen en met dat op het incertum quando, certum an: bij de levensverzekering, vóór het woord onzeker, de

---

1) Pöhls l. c. Inl p. 8: "Eine äusserst wichtige, bisher viel zu wenig berück"sichtigte Quelle für das Asseeuranzrecht sind die in den einzelnen Ländern üblichen "Formulare der Polieen, indem sie nicht nur die üblichsten Contractsbedingungen "enthalten, sondern auch das Gewohnheitsrecht, namentlich wo dieses sich dem "Gesetze entgegen gebildet hat, nachweisen."

2) Oostenr. wb. § 1288: "Wenn Jemand die Gefahr des Schadens welcher einen "Andern ohne dessen Verschulden treffen könnte, auf sich nimmt, und ihm gegen einen "gewissen Preis den bedungenen Ersatz zu leisten verspricht, so entsteht der Ver"sicherungsvertrag."

3) l. c. B. III, D. 24 § 1.

woorden *volstrekt* of *betrekkelijk* ingelascht. In de hoofdzaak hebben wij ons ook vereenigd met de bepaling van Endemann (1), die echter geheel onnoodig spreekt van »de schade te vergoeden »of een vooruit bepaalde som uit te keeren" en daardoor de in een definitie zoo noodzakelijke kortheid uit het oog verliest (2).

Grootere bezwaren hebben wij tegen hen, die steeds op den voorgrond stellen een zaak (Sache, chose), die aan gevaar is blootgesteld. Meestal toch vatten wij dit woord op in zijn meer beperkte beteekenis, en zouden wij ons met hen alleen dan kunnen vereenigen, zoo zij op het voetspoor van den romeinschen jurist huldigden het »rei appellatione et causae et jura »continentur" (3). Immers zooals wij straks zullen aantoonen, is wel degelijk ook verzekering van onlichamelijke zaken mogelijk en bijna algemeen erkend (4).

---

1) Das deutsche Handelsrecht p. 834, § 174.

2) Hetzelfde doet v. d. Loeff, l. c. p. 2: »Verzekering is de overeenkomst tus»schen twee partijen aangegaan, waarbij de een aan den ander een gevaar over»draagt in dier voege, dat deze zich verbindt hem wegens de geldelijke nadeelen »die dit gevaar kan ten gevolge hebben schadeloos te stellen, maar als belooning »voor die verbindtenis een wederpraestatie bediogt."

3) L. 23 de verb. significatione (L. 16).

4) Ziehier eenige voorbeelden van definities, die aan deze fout mank gaan.

Runde, l. c. p. 213: »Versicherung oder Asseeuranz ist derjenige Vertrag, worin »Jemand für eine gewisse Vergeltung den bestimmten Werth einer Sache zu er»setzen sich verbindlich macht, wenn sie in einer zu befürchtenden Gefahr verlo»ren gehn oder Schaden leiden wird."

Pr. Lr. (II. 8. § 1934) »Bei einer Versicherung oder Assecuranz übernimmt »der Versicherer, gegen Erhaltung einer gewissen Abgabe oder Prämie, die Vergü»tung des aus einer bestimmten Gefahr die versicherte Sache treffenden Schadens."

Pothier, traité du contrat d'assurance: »L'assurance est un contrat par lequel l'un des »contractants se charge du risque des cas fortuits auxquels une chose est exposée" enz.

Emérigon, l. c. D. I p. 2: »L'assurance est un contrat par lequel on promet »indemnité des choses qui sont transportées par mer." Op het voorbeeld van de Guidon de la mer (ch. I, art. 1) definieert hij alleen de zeeverzekering.

Kent, commentaries on American Law, D. III p. 253: »(Marine) insurance is »a contract whereby one party for a stipulated premium undertakes to indemnify

Een andere font is die van de bepaling in ons wetboek van koophandel. »Assurantie of verzekering, zegt art. 246, is eene »overeenkomst bij welke de verzekeraar zich aan den verzekerde, »tegen genot eener premie, verbindt om denzelven schadeloos »te stellen wegens een verlies, schade of gemis van verwacht »voordeel, welke dezelve, door een onzeker voorval, zoude kunnen »lijden." Wij hebben twee bedenkingen. Vooreerst treffen wij hier weder het woord »onzeker" aan, zonder de bijvoeging die wij volstrekt noodzakelijk achten. Ten tweede sluit de bepaling onzer wet de levensverzekering uit, gelijk Holtius (1) zeer te recht opmerkt. Immers de verzekeraar verbindt zich niet jegens den verzekerde om hem, maar veeleer om zijne erfgenamen of anderen schadeloos te stellen, terwijl bovendien in den zin der wet de dood niet kan gerekend worden te behooren tot verlies, schade of gemis van verwacht voordeel.

Minder treft mij een andere bedenking van Holtius, die de woorden »tegen genot eener premie" overbodig acht, omdat de premie alleen tot de naturalia der overeenkomst zoude behooren. Ik meen er reeds dadelijk op te moeten wijzen, dat deze meening indruist tegen den aard van het verzekeringscontract. Wordt er geen premie gegeven (en wij verstaan daaronder het equivalent van de overname van het gevaar, de periculi pretium

»the other against certain perils (or sea risks) to which his ship, fright or »cargo or some of them might be exposed during a certain voyage or a fixed »period of time." (en verwacht wordende winst?)

Beter is de definitie van Blackstone, l. c. D. II, d. 516: »A contract between A, »and B that upon A's paying a premium (equivalent to the hasard run) »B will indemnify or insure him against a particular event." Men lette op zijn handhaving der aequalitas contractuum.

Geheel juist eindelijk Arnould, a treatise on the Law of marine insurance and average, p. 2: »to which his ship, merchandize or other interest" enz.

1) Voorlezingen over handels- en zeerecht, D. III, p. 8.

in welken vorm ook) dan hebben wij te doen met een voorwaardelijke schenking, daar de verzekeraar een daad van vrijgevigheid wil verrichten. Holtius wijst op de waarborgmaatschappijen, waar, volgens hem, verzekering zonder premie plaats grijpt. Dat, ware dit het geval, het lidmaatschap eener dergelijke goedkoope maatschappij zeer gezocht zou zijn, behoeft geen betoog. De bewering is echter onjuist; er is wel degelijk een premie die bestaat in datgene, wat ieder moet bijdragen in den hoofdelijken omslag welke jaarlijks, tot dekking der uitgaven veroorzaakt door de uitbetaling der verzekeringssommen en de kosten van administratie, noodig is. Het eenige verschil tusschen deze en de gewone premie is, dat zij in het laatste geval gewoonlijk vast bepaald en aan geen vermindering of vermeerdering onderhevig is, terwijl in het eerste haar quantum van allerlei omstandigheden afhankelijk kan wezen (1). Wij gelooven derhalve, dat de premie een der essentialia onzer overeenkomst is, en laken het daarom in Pöhls, dat hij in een zijner definitien (hij geeft er twee) met geen enkel woord van haar melding maakt (2).

Wij zullen ons niet bezig houden met een vraag, die vooral bij de oudere scholastici, om redenen voortreffelijk door Endemann (3)

---

1) Pr. Lr. § 1935. „Ist kein Prämie bedungen worden, so wird das Geschäft „nicht als eine Assecuranz, sondern als eine Schenkung betrachtet." Vgl. Tydeman, Proeve van onderzoek omtrent het wezen der overeenkomst van verzekering, p. 30.

2) l. c. p. 3: „Derjenige Vertrag, durch welchen der eine der Contrahenten „Jemandem eine Gefahr irgend einer Art dergestalt abnimmt, dass er sich in Be„ziehung auf dieselbe ganz in dessen Stelle setzt"

3) In Goldschmidt's Zeitschrift, D. IX, p. 320 env. Zijn betoog komt in het kort hierop neder. Slechts noode nam de kanonieke woekerleer de verzekering in het recht op, maar begreep tevens, dat het haar plicht was te zorgen voor de gelijkheid der praestaties. „Aequalitas", zeide men, „inter pretium et illam obligati„onem quae alteri venditur servari debet." Daarom bracht men de assurantie ook zoo gaarne tot de emtio venditio. De praestatien der partijen werden nauwkeurig afgewogen en de inhoud van elks verplichtingen aan een streng onderzoek onder-

ontwikkeld, een punt van onderzoek uitmaakte, of nl. de overeenkomst van verzekering een contractus innominatus (do ut facias of facio ut des), een emtio venditio periculi, een locatio conductio of een fidejussio is. (1) In ons modern recht toch is aan alle contracten in den regel verbindbaarheid toegekend, mits zij niet strijden met de openbare orde of de goede zeden. Waartoe derhalve zou dit onderzoek dienen? Zeker was het van het standpunt der woekerleer onmisbaar, toen bij elke overeenkomst angstvallig gewikt werd en gewogen, of de justitia sive aequalitas contractuum ook werd geschonden. Maar nu dat dogma allengs zijn invloed verloren heeft en de vrees voor spel en weddingschap in zijn plaats is getreden, heeft het recht zich gelukkig ook van de leer der aequalitas contractuum losgemaakt. Slechts één vraag is voor ons van belang, nl. is de verzekering een kansovereenkomst? Wij hebben haar reeds in ons eerste hoofdstuk bevestigend beantwoord, en achten dus nadere bespreking hier ter plaatse overbodig (2).

---

worpen. »Ich übergehe, gaat de geestige schrijver voort, alle Einzelnheiten dieser »scholastischen Uebungen obwohl sie auch für die Gegenwart nicht ohne Interesse »sind. Denn mit Verwunderung wird man gewahr dass alles dasjenige was das »Handelsgesetzbuch in dem Abschnitt über die Seeversicherung sagt, sich vollkommen »an die Behandlungsweise des alten Straccha anreiht." Mogen wij hetzelfde niet beweren van ons W. v. K. en den C. d. c.?

1) Van emtio venditio kan geen sprake zijn, 1o. omdat de premie niet altijd in geld behoeft te bestaan, maar vooral 2o. omdat ontheffing van gevaar niet is een zaak of recht, waarvan de eigendom door levering op den kooper kan overgaan. Van fidejussio evenmin, 1o. omdat zij meestal om niet wordt aangegaan en 2o. omdat wij te vergeefs naar een hoofdverbintenis zouden zoeken en borgtocht slechts een obligatio accessoria is. Vgl. v. d. Loeff l. c. p. 15 die het laatste argument niet gebruikt.

2) »Der Beruf der juristischen Wissenschaft liegt nicht in dem plumpen Hand- »langerdienste die neuen Schöpfungen des Lebens in die alten Gefächer des Rechts- »systems einzuzwängen, wobei oft ihre eigensten Besonderheiten und Feinheiten »gewaltsam abgestreift werden." Malss, l. c. p. 6.

Tot de essentialia der overeenkomst van verzekering behooren, behalve de vereischten die art. 1356 verplichtend stelt, blijkens onze definitie:

De verzekeringssom, of liever de voorwaardelijke verbintenis, om de verzekeringssom te betalen.

De premie.

Een op geld waardeerbaar en aan gevaar blootgesteld belang van den verzekerde.

Aan de leer van het belang, door een tal van schrijvers ook in monographien uitvoerig besproken, zullen ook wij eenige bladzijden wijden, omdat zij de spil is om welke het hedendaagsch verzekeringsrecht draait en het uitgangspunt onzer beschouwingen moet zijn.

Wat moet men verstaan onder verzekerbaar belang (versicherbares Interesse, insurable interest)? Uitmuntend is dit begrip omschreven door den rechter Lawrence (6), en wij kunnen den lust niet wederstaan om zijne woorden hier aan te halen en zijne bepaling voor de onze in de plaats te stellen. De verzekerde, zegt hij, moet tot het verzekerde in zoodanige verhouding staan en zijn belang moet aan het lot van het verzekerde zoo nauw verbonden zijn, dat voor hem uit het plaats grijpen van een onzeker ongeval, waartegen hij zich door verzekering vrijwaart, schade, nadeel of verlies kan geboren worden. Ja zelfs daar waar iemands verhouding tot een voorwerp dat aan gevaar is blootgesteld van dien aard is, dat hij met grond de hoop koesteren mag om, zoo het gevaar denkbeeldig blijkt te zijn, nut of voordeel te genieten, mag men reeds zeggen, dat hij een belang heeft bij het behouden blijven van dat voorwerp. Belang hebben in een zekere zaak beteekent dus niets

6) o. a. aangehaald bij Benecke, l. c. D. I, p. 16.

anders, dan dat zij tot ons in een zoodanige verhouding staat, dat wij door haar voortbestaan blijkbaar voordeel trekken, door haar vernietiging nadeel zullen lijden.

Hetzelfde denkbeeld wordt door v. d. Loeff (1) in deze definitie uitgedrukt: »Een verzekerbaar belang is het geldelijk belang »dat een bepaald persoon er bij heeft, dat gevaren welke geldelijke »nadeelen voor hem ten gevolge kunnen hebben niet verwezenlijkt »worden." In hoofdzaak vereenigen wij ons met hem; slechts geloof ik dat het onjuist is te zeggen, dat de gevaren niet verwezenlijkt worden. Een schipbreuk of brand kan door verzekering niet worden voorkomen; deze brengt alleen te weeg dat uit dit gevaar voor den verzekerde geen nadeel voortspruit, maar veeleer neerkomt op het hoofd van den verzekeraar. Het bezwaar is uit den weg geruimd, zoo wij het verzekerbaar belang bepalen als: het geldelijk belang, dat een bepaald persoon er bij heeft, dat de schade, als het gevolg van gevaar waaruit voor hem geldelijke nadeelen kunnen voortspruiten, hem niet treft (2).

Men pleegt het verzekerbaar belang te onderscheiden in direct (dat van den eigenaar) en indirect belang (dat van ieder ander), een onderscheiding door Pöhls verdedigd op grond dat het er op aankomt beiden niet te verwarren, opdat men niet denken zou aan dubbele verzekering, wanneer zoowel de eigenaar als een derde een verschillend belang verzekeren. Het is mij echter uit deze redeneering nog niet duidelijk geworden, welk verschil in rechtsgevolgen tusschen de eene en andere soort bestaat, en ik houd daarom met anderen deze onderscheiding op het gebied

1) l. c. p. 55.

2) Vgl. Pöhls, l. c. p. 66. »Das wahre Wesen des Interesses besteht darin, »dass der Versicherte Gegenstand einer gewissen genannten Gefahr ausgesetzt wird »und dass der Versicherte durch einen durch diese Gefahr herbeigeführten Unter»gang in Schaden gesetzt wird.

van het recht volmaakt overtollig. Slechts dit constateert zij, dat niet alleen de eigenaar belang hebben kan, maar ook een aantal andere personen, ja zelfs dat het belang van den verzekerde niet altijd aan een bepaald voorwerp van eigendom behoeft gebonden te zijn. »In order to have an insurable interest", zegt Arnould (1), »it is not necessary to have an absolute »ownership or property in that which is insured; it is sufficient »to have a right in the thing insured, or a right derivable »of some contract about the thing insured, in order that the »party insuring may have some benefit from its preservation and »prejudice from its destruction."

Dit verzekerbaar belang nu, op geld waardeerbaar en aan gevaar onderhevig, is het voorwerp der verzekering (2). Dat dit echter niet algemeen erkend is en men veelal hecht aan een lichamelijke zaak, heeft b. v. in Frankrijk aanleiding gegeven tot het verbod van verzekering van vracht en verwacht wordende winst, waarop wij in een volgende paragraaf nader zullen terugkomen. Thans slechts de onjuistheid dezer voorstelling in het algemeen met een enkel voorbeeld gestaafd. A wordt door B onderhouden en heeft dus bij het leven van zijnen weldoener een op geld waardeerbaar belang. Gaat het nu aan, dat leven een zaak te noemen of het voorwerp der verzekering (3)?

Wij gelooven nu, ons aan geen overdreven voorstelling schuldig

---

1) l. c. p. 11. Phillips, a treatise on the Law of insurance, p. 114 env.

2) A. D. H. § 782: »Jedes io Geld schätzbare Ioteresse, welches Jemand darao »hat dass Schiff oder Ladung die Gefahreo der Seeschiffahrt bestehe, kann Gegen»stand der Seeversicherung seio."

W. v K. art. 268: »De verzekering kan tot voorwerp hebben alle belang, het»welk op geld waardeerbaar, aan gevaar onderhevig en bij de wet niet is uit»gesloten."

3) Ook in ons W. v. K. is dit algemeen erkend. Zie b. v. art. 250, 263, 268 en 273. Minder juist is art. 280.

te maken, zoo wij beweren, dat met de leer van het belang de verzekering staat en valt. Van den aanvang af dat zij zich begon te ontwikkelen en uit te breiden, stond en staat nog heden ten dage aan de spits aller wettelijke bepalingen de regel: Nietig is elke verzekering zonder belang, m. a. w. de verzekering is in den striksten zin des woords een indemniteits-contract. En geen wonder! Wij hebben reeds gezien, na hoeveel aarzeling en angstvallig onderzoek, het recht er in toestemde, de assurantie onder de contractus liciti (dit is de geliefkoosde term) op te nemen. Wij hebben er op gewezen, hoe de vrees voor spel en weddingschap die voor den woeker verving, en hoe de wetgever meende hare gevaarlijke misbruiken met alle kracht te moeten weren. Gaven zij immers niet aanleiding tot verrijking van den een ten koste van den ander, tot wanorde en misdrijf, zonder dat die nadeelen werden opgewogen door eenig denkbaar nut of voordeel voor het handelsvertier? Zoolang nu de verzekering bleef een contract van schadeloosstelling tegen geleden verlies, zoolang overeenkomstig de rechtzinnige leer de verzekerde slechts hersteld werd in den toestand waarin hij verkeerde op het oogenblik dat zijn belang aan gevaar werd blootgesteld, trad geen dogma beperkend tusschen beide. Maar wee partijen! zoo de gestelde grenzen werden overschreden, zoo de overeenkomst dreigde te ontaarden in een zoodanige die zij door alle middelen wilde tegengaan, zoo in één woord de verzekerde door het onheil winst wilde maken! Dan ontwaakte de indemniteitsleer uit hare rust en riep zij aan het verkeer een: tot hiertoe en niet verder toe. Karakteristiek bestempelde men de verzekering zonder belang met den naam van wedverzekering (1) (Wettasse-

1) Ik vraag voor dit woord verschooning; ik gebruik het op het voorbeeld van Mr. Levy, het Duitsche handelswetboek vergeleken met het nederl. W. v. K., die steeds wedassurantie gebruikt.

curanz, assurance par forme de gageure, wager insurance). Weddingschap of spel (1), ziedaar juist de bête noire van den wetgever, en ofschoon er van een strijd van beweringen hier evenmin sprake kon zijn als van een handeling der partijen, meende men aan de verzekering, zoo dikwijls zij hetzelfde doel beoogde als de twee gehate overeenkomsten, uit een licht verklaarbare dwaling ook denzelfden naam te moeten geven (2). Dezelfde overweging verleidde ook Emérigon tot de woorden: »C'est une espèce de jeu, qui exige beaucoup de prudence »de la part de ceux qui s'y adonnent" (3).

Ons bestek gedoogt niet, dat ik de geschiedenis van dit alles beheerschend beginsel in bijzonderheden naga. Het is genoeg er op te wijzen, dat het te gelijk met de verzekering geboren werd en gedurende eeuwen een nagenoeg onverzwakten invloed uitoefende. Reeds Casaregis stelde aan de spits zijner verzekeringsleer den regel: »Principale fundamentum assecurationis »sine quo non potest subsistere est risicum seu interesse asse»curatorum," en hetzelfde denkbeeld werd door Straccha geformuleerd in zijn bekend: »assecuratus non quaerit lucrum sed agit »ne in damno sit (4)." Juist hetzelfde stelsel huldigden de ordonnance de la marine (art. 16, 17, 20 enz.) (5), de Amsterdamsche en Rotterdamsche ordonnantien (6), in één woord alle wetten, decreten en keuren, omtrent de verzekering gemaakt.

1) Men lette op de uitdrukking: gaming policy.

2) „The Law has been thought to descend from its dignity when it lends its „aid to render the fruits of an idle and frivolous wager." Kent, l. c. p. 276.

3) l. c. p. 13.

4) Geciteerd bij Emérigon, l. c. p. 14.

5) Pothier, Tr. des assur. no. 31 env.

6) Rotterdamsche verordening, art. 18: „men zal niet mogen assureeren eenige „weddingschappen." Amsterdamsche verordening: „men zal niet mogen laten ver„zekeren op wedding van reizen of te wel gagien ende meer dergelijke inventie".

Slechts één land was op dit punt een liberale leer toegedaan, Italië nl. Daar waren reeds vroeg verzekeringen zonder belang, ofschoon dan als weddingschappen, toegelaten (per voto di pieno, per via di scomessa) (1).

Wij zullen ons echter omtrent dit punt bepalen tot de wetgevingen van onzen tijd en in het kort de gevolgen nagaan van het belangrijk beginsel, dat wij zoo even ontwikkelden. Wij verwijzen wat betreft het verbod der dubbele en oververzekering, in sommige staten zelfs der herverzekering, de verzekering van vracht en verwacht wordende winst, de levensverzekering en de leer omtrent de taxatie in de polis naar de afzonderlijke paragrafen, aan deze onderwerpen gewijd. De verzekering van de bodemerijpenningen en de premie door geldschieter of geldopnemer wenschen wij in de volgende afdeeling te bespreken. Thans zullen wij in de eerste plaats de gevolgen der indemniteitsleer, die als een draad door ons geheel betoog loopt, beschouwen met het oog op het in sommige staten uitdrukkelijk geformuleerd verbod der wedverzekering en eenige andere bepalingen van ons wetboek van koophandel, die het uitvloeisel zijn van de leer van het verzekerbaar belang.

»Indien hij", zoo luidt art.250 W.v.K., »die voor zich zelven heeft »laten verzekeren, of hij, voor wiens rekening door eenen ander is »verzekerd, ten tijde der verzekering geen belang in het verzekerd »voorwerp heeft, is de verzekeraar niet tot schadeloosstelling gehouden." Een dergelijke bepaling treffen wij in den C.d.c. niet aan, hoezeer menig artikel bewijst dat de bedoeling des franschen wetgevers geen andere geweest is, en wij zelfs gelegenheid zullen hebben aan te toonen, hoe hij in menig opzicht nog con-

1) v. d. Loeff l. c. p. 52.

sequenter dan de onze aan de indemniteitsleer heeft vastgehouden (1).

§ 1983 (II. 8.) Pr. Lr. kwam langs een omweg tot hetzelfde resultaat. Zij zeide niet: verzekering zonder belang van den verzekerde is nietig, maar gaf een nagenoeg woordelijke vertaling van den regel van Straccha: »Durch Versicherungen muss »der Versicherte sich nur gegen Schaden decken, nicht aber »Bereicherung dadurch suchen." De overweging echter, dat door den wil der overeenkomende partijen dikwijls inbreuk gemaakt werd op dien des wetgevers en men door de clausule: Interesse oder nicht Interesse (interest or no interest) ontsnapte aan de strenge eischen der indemniteitsleer, gaf aanleiding tot de bijvoeging van § 1995 (2). Thans heeft § 782 van het nieuwe Duitsche handelswetboek de bepalingen van het Pr. Lr. vervangen.

Hij, die de door ons aangehaalde artikelen en paragrafen opslaat, zal ontwaren dat de wetgevers bij de behandeling der overeenkomst van verzekering twee verschillende stelsels hebben gehuldigd. In het A. D. H. en den C. d. c. namelijk wordt alleen over de zeeverzekering gesproken en gaat slechts een titel vooraf met algemeene bepalingen. Daarentegen heeft ons W. v. K., gelijk bekend is, in het eerste boek over verzekering in het algemeen en eenige bepaalde soorten gehandeld, terwijl het in het tweede een afzonderlijken titel aan de zeeverzekering wijdt (3). Het Pruisische Landrecht vereenigt zich in zooverre met onzen wetgever, dat het zich in de afdeeling over Versicherungen niet uitsluitend tot de zeeverzekering bepaalt, maar ook aan andere soorten een plaats

1) Vgl. Benecke, l. c. D. I p. 240, die de echt fransche woorden van Napoleon »aanhaalt: »Die Immoralität der Wetten gesetzlich zu gestatten, kann nie der Beruf »einer grossen Nation wie der Französischen sein."

2) »Versicherungen auf Interesse oder nicht Interesse sind auf keine höhere »Summe gültig, als das in der Police angezeigte Interesse wirklich betragt."

3) Het oostenr. wetboek noemt ter loops de verzekering van »Häuser und »Grundstücke gegen Feuer, Wasser und andere Gefahren" [§ 1289.]

inruimt. Dit stelsel wordt door Malss (1) in de sterkste bewoordingen gelaakt. Na te recht opgemerkt te hebben, hoe het verzekeringsrecht zich van de wetgeving en rechtspraak emancipeerde, hoe het zich ontwikkelde onafhankelijk van diepzinnige juridische beschouwingen, en na deze stelling te hebben ondersteund door een beroep op de statistiek, die in verhouding tot het groot aantal verzekeringscontracten slechts een klein aantal processen naar aanleiding dezer overeenkomst oplevert, gaat hij aldus voort: »Dank dieser freien fast fessellosen Bewegung, die nur »im Preussischen Landrecht und im holländischen Handelsge»setzbuche durch Aufnahme einiger Bestimmungen über Feuer»und Lebensversicherung zu stören versucht wurde, hat sich »die thatsächliche Ausbildung des ausserseerechtlichen Versiche»rungsvertrages nahezu vollendet, insoweit wenigstens dass nun »die Rechtswissenschaft ihrerseits berufen scheint auch andere »Arten der Assecuranz zum Gegenstande ihrer Reflection zu »machen." Wij deelen zijne bezwaren tegen onze te snelle codificatie volstrekt niet, of liever wij kunnen haar van het standpunt des wetgevers verklaren en billijken. »Gewoonte", zegt Art. 3 onzer Alg. Bep., »geeft geen recht dan alleen wanneer de wet »er op verwijst". Zoo er dus geen afzonderlijke bepalingen bestonden omtrent die verzekeringen welke wel eens assurances terrestres (tegenover assurances maritimes) worden genoemd, zouden hier de regelen moeten gelden omtrent verzekering in het algemeen vastgesteld. En dan zoude men werkelijk komen tot zonderlinge consequenties. Zoo zou b. v. de moeilijke, dikwijls onoplosbare vraag ontstaan, in hoeverre hij die het leven van een derde verzekert, belang heeft, en wat het maximum is der som die hem volgens de leer der indemniteit mag worden

1) l. c. p. 4.

uitgekeerd (1). De bepaling, dat bij het beding van wederopbouw de verzekering nimmer drie vierden dier kosten mag te boven gaan (art. 289 no. 3) zou niet gelden, en dus alweder de bedoeling des wetgevers verijdeld worden. Evenmin zou op levensverzekering de regel van art. 306 omtrent de absolute, maar integendeel die van art. 289 omtrent de relatieve onzekerheid toepasselijk wezen. In één woord, een tal van voorbeelden is aan te wijzen, waaruit genoegzaam blijkt, dat de wetgever, nadat hij eenmaal tot een codificatie van het verzekeringsrecht was overgegaan, verstandig handelde door de eigenaardige rechtsgevolgen van eenige bepaalde soorten nauwkeurig aan te duiden.

Men verschoone ons deze kleine uitweiding, waartoe een billijke waardeering van dit gedeelte van ons W.v.K. ons als van zelf leidde. Wij keeren thans tot het belang terug en wenden ons tot de in Engeland en Amerika geldende beginselen. Men verwachte niet, dat deze in het algemeen vrijzinniger zijn dan die van het vaste land. Wanneer wij b. v. lezen dat de taxatie in de polis steeds wordt erkend, tenzij zij is »very enormously excessive", wanneer de schrijvers vermelden dat zelfs een polis waarin een overschatting van 2000 £ voorkwam, volkomen werd geëerbiedigd, dan mogen wij ons met grond verwonderen over den wetgever die in stat. 19 Geo. III (1746) wager policies, d. z. de zoodanigen »which show »on their face that the contract it embodies, is not really an »insurance but a wager," onherroepelijk nietig verklaart, en aan dergelijke overeenkomsten, gesloten zonder belang (meestal kenbaar aan de woorden »interest or no interest, without benefice or »salvage to the insurer, without farther proof of interest than the »policy, policy to be doomed sufficient proof of interest") de actie ontzegde. Een uitzondering wordt gemaakt voor kaperschepen (2)

1) Zie thans art. 305 W. v. K.

2) Te vergeefs zocht ik naar de redenen. De eenige die ik bij de schrijvers vermeld vond is deze, dat op dergelijke schepen, bemand met een groot aantal

(privateers) en schepen of ladingen van de Spaansche en Portugeesche bezittingen. Reeds had intusschen stat. 14 Geo III c. 48 hetzelfde voor de assurances terrestres bepaald en zelfs daarbij gevoegd, dat de naam van den belanghebbende uitdrukkelijk in de polis moest worden vermeld (1). Bij deze statuten sloot zich consequent aan het reeds genoemde 8 en 9 Vict. c. 109, dat alle weddingschappen van het dwangmiddel beroofde.

In de verschillende staten van Noord-Amerika heerscht op dit punt overeenstemming. Reeds vroeg was de nietigheid van wedverzekeringen in Massasuchetts en Pensylvanie uitgesproken. Wat New-York betreft, waar wel eens het omgekeerde was aangenomen tenzij de polis streed tegen de goede zeden of een gebrek had in den vorm, hebben S. 8, 9 en 10 van de herziene statuten alle dergelijke verzekeringen verboden (2).

Hadden wij niet recht te beweren, dat in onze moderne wetgeving de verzekering met de leer van het belang staat en valt? De gronden van dit stelsel zijn niet moeilijk op te sporen en dragen er niet weinig toe bij, om ons systeem omtrent de kansovereenkomsten ten krachtigste te ondersteunen. Het is al weder de vrees voor spel en weddingschap, of liever voor de misbruiken die met deze overeenkomsten zoo dikwijls gepaard gaan, die de wetgevers heeft verleid tot het met hand en tand vasthouden aan de zoo even ontwikkelde begrippen. Ter verdediging immers van dit thans algemeen aangenomen

personen van alle hoeken der aarde bijeengeraapt, het geheim van opzettelijke vernieling en beschadiging niet licht kan worden bewaard en men daartoe dus niet gemakkelijk zal overgaan. Overtuigend is zeker dit argument niet.

1) Zie ook stat. 25 Geo III c. 44 dat verbood: „all insurances in blank as to „the name of the insured".

2) Vgl. voor het Engelsche en Amerikaansche recht: Pöhls, l. c. p. 117 env. — Blackstone l. c. D. I, env. — Stephen, new Commentaries of the Laws of England D. I p. 175 — Phillips, l. c. p. 4 env. — Arnould, l. c. p. 17 env. — Smith, l. c. p. 225 env. — Parson l. c. D. II p. 368 — Kent, l. c. D. III p. 175 env.

standpunt pleegt men voornamelijk drie argumenten aan te voeren. Ten eerste zou de wedverzekering aanleiding geven tot het dolo malo vernietigen der verzekerde voorwerpen, ten tweede zou zij verboden handel bevorderen en last not least zou zij een schadelijk spel in de hand werken. Sedert de nieuwere economie aan het protectionisme den genadeslag toegebracht en het begrip van contrabande beperkt heeft, kan deze tweede bedenking op ons geen indruk maken. Trouwens, verbodswetten tegen zekere takken van handel zullen altijd blijken even onmachtig te zijn als die tegen het smokkelen. Maar op de twee andere bezwaren komt het aan. De verzekering zonder belang, zegt men, is een spel dat tot misbruiken kan aanleiding geven, »a species ef gaming", voegt Blackstone ons toe, »without any advantage to »commerce." Vooral die laatste woorden verdienen onze aandacht. Zoolang de verzekering de behoeften van het verkeer bevredigt, zoo zou men ze kunnen omschrijven, laat men zonder haar te storen toe dat zij zich ontwikkelt, maar men wordt voorzichtig, men waakt angstvallig en houdt het oog geopend, zoodra zij dreigt te ontaarden in een overeenkomst die, schijnbaar zonder eenig nut, de soliditeit des handels in gevaar brengt.

Alweder dus hetzelfde preventieve en wij voegen er dadelijk bij verkeerde stelsel, waarop wij reeds bij andere kanscontracten hebben gewezen. Wij komen in de paragraaf over het jus constituendum hierop terug. Thans slechts deze enkele vraag, of men zich nl. inderdaad de illusie schept, door het verbod der wedverzekering één schrede te zijn gevorderd op den weg der zedelijkheid? Of denkt men wellicht, dat het gering aantal processen over verzekeringsrecht daaraan moet worden toegeschreven, dat toevallig de verzekeraars en verzekerden zoo weinig twistzieke menschen zijn? Zou niet de oorzaak van dit verschijnsel veeleer hierin gelegen zijn, dat men aan een beslissing door scheidsrechters

de voorkeur geeft, omdat anders 90 van de 100 verzekeringscontracten zouden worden nietig verklaard wegens schennis van het eerste beginsel der wetgeving, nl. onvoldoend bewijs van het belang? En hoevele zoogenaamde polices d'honneur worden jaarlijks niet geteekend! Ook hier alzoo, indien wij een blik slaan op de ervaring van het dagelijksch leven, doet zich weder hetzelfde verschijnsel voor als bij spel en weddingschap. De strenge wetten hebben geleid tot wetsontduiking en de wil der partijen heeft gezegevierd over de moeilijkheden, die het recht aan het verkeer in den weg legde (1).

Beschouwen wij thans eenige der gevolgen van dat beginsel, waarop wij in de volgende paragrafen niet terugkomen.

Vooreerst dan moet dit belang, zooals wij reeds zeiden, op geld waardeerbaar zijn; een pretium affectionis komt niet in aanmerking. Een oud, vervallen huisje dat een koopprijs van duizend gulden vertegenwoordigt, doch waaraan voor den eigenaar tal van familieherinneringen zijn verbonden, zal niet hooger dan tot de werkelijke geldelijke waarde kunnen worden verzekerd. Immers in het tegenovergestelde geval zoude de bedoeling des wetgevers worden verijdeld en de verzekering ophouden indemniteitscontract te zijn. Alleen derhalve de volle *pecunieele* waarde kan worden verzekerd (2). Is het niet alsof Straccha en

1) Vgl. Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift D. IX p. 537: „Glaubt denn „Jemand dass darum eine einzige Wettassekuranz weniger geschlossen worden sei „weil das Gesetz davon abdrängen will? Oder meint vielleicht die Theorie dass „gar keine Assekuranzen auf Wette vorkämen? Ganz formgerecht, durchaus nach „den Buchstaben des Gesetzes? Als ob eine einzige Börse weniger entstanden oder auch nur ein einziges ächtes Differenzgeschäft, das „doch nach der Doktrin auch eitel Spiel und Wette ist, weniger „abgeschlossen wäre, weil die Rechtstheorie die Menschen mit „Bitten oder mit Drohungen angeht doch ja sich vom Spiel zu „lassen."

2) Art. 289, 602, 616 W. v. K.; § 1987 Pr. Lr.; § 790 A. D. H.

Santerna uit hun graf waren herrezen en in het jaar onzes Heeren 1871 wetten maakten naar hunne begrippen en naar de heerschende beginselen van hunnen tijd? Is het niet alsof in onze dagen nog in vollen luister de regel prijkte, dat de verzekerde moet hersteld worden in den toestand waarin hij zou verkeerd hebben, zoo hij zijn schip of zijn goederen niet had verzonden? Is het eindelijk niet alsof de grondleggers van het jus canonicum hier hun »pecunia pecuniam parere non potest" in toepassing brachten en daarom alleen wilden gelet hebben op geleden schade (damnum emergens), niet op zoogen. gederfde winst (lucrum cessans)? Zonderling voorwaar klinkt ons een dergelijke regel in de ooren, ons die leven in den bloeitijd van den handel, ons die er van overtuigd zijn, dat de handelaar zekerheid verlangt door het verzekeringscontract te zullen worden hersteld, niet alleen in den toestand waarin hij verkeerde toen hij zijn goederen verzond, maar veeleer in dien, waarin hij zou verkeerd hebben zoo het ongeval, waartegen hij meende zich te moeten waarborgen, niet had plaats gehad en alzoo zijne onderneming gelukkig ware geeindigd (1). En toch denke men niet dat de toepassing der oude leer consequent is doorgezet. Reeds spoedig immers dwong de practijk den wetgever concessien te doen. Ik wijs slechts op

---

1) Dit is het beginsel dat in onzen tijd al meer en meer veld wint. Juist is dit omschreven door Frémery, l. c. p. 298: »Les commentateurs ont enseigné que »d'après la nature du contrat d'assurance déterminé par la loi, l'assureur garantit »la valeur que les objets assurés ont en au moment de leur mise en risque. Mais »dans quelques pays (in verreweg de meeste) les enseignements de l'ecole n'ont »point été assez forts pour vaincre la résistance des commerçants au jong que la »doctrine leur imposait; on transigea." Transiger, dat is het ware woord; men modderde. Nog Arnould schrijft (l. c. p. 11): »It is not intended by the contract »of marine insurance to put the insured in the same situation in case of loss as »he would have been in, had the adventure terminated successfully, but only to »replace him as nearly as may be in the position he occupied at the outset of »his enterprise."

de verzekering van te verdienen vrachtpenningen, op die van verwacht wordende winst, provisie en andere toekomstige belangen, die nagenoeg in alle landen volkomen zijn erkend en geloof ten slotte gerechtigd te zijn tot de ontkennende beantwoording der vraag, of de oude aanhangers van het woekerdogma, zoo zij eens (Di omen avertant!) herleefden, wel vrede zouden hebben met de inconsequente opvatting hunner rechtzinnige leer.

Toch is het alsof de moderne wetgeving door een geheimzinnige macht onwederstaanbaar naar de oude beginselen werd teruggetrokken. Het is waar, de volle waarde mag verzekerd worden, maar altijd zóó dat de verzekerde op geenerlei wijze bij de overeenkomst winnen mag. Daartegen waakt b.v. art. 284 van ons W.v.K. (1). »De verzekeraar", zoo luidt het, »die de schade van een verzekerd »voorwerp betaald heeft, treedt in alle de regten welke de ver»zekerde, ter zake van die schade, tegen derden mogt hebben; en de »verzekerde is verantwoordelijk voor elke daad welke het recht »van den verzekeraar tegen die derden mogt benadeelen." Men koesterde de vrees, dat anders den verzekerde èn de verzekeringssom zoude te beurt vallen die de waarde van zijn schip of lading vertegenwoordigt èn hij bovendien, aldus geheel schadeloos gesteld,

1) A. D. H. § 808 al. 1: »Hat der Versicherer seine Verpflichtungen erfüllt, so »tritt er, insoweit er einen Schaden vergütet hat, dessen Erstattung der Versi»cherte von einem Dritten zu fordern befugt ist — in die Rechte des Versicherten »gegen den Dritten." Ook in Engeland geldt hetzelfde. De Times van 18 December 1870 levert een aardige bijdrage tot dit beginsel. Er wordt gesproken van een brief van den gewezen Amerikaanschen gezant te Londen over de beruchte en eeuwigdurende Alabama-kwestie. Deze geeft als zijn meening te kennen, dat deze kwestie niet eene is tusschen de regeringen van Engeland en Amerika, maar tusschen de Amerikaansche kooplieden (die dus bevoegd zijn om als claimants op te treden) en de Engelsche regeering. De Times vraagt hoe dit uitvoerbaar zoude zijn. Aan wie immers zou schadevergoeding voor de in den grond geboorde schepen moeten worden uitgekeerd? Aan de reeders of aan de assuradeurs die aan de verzekerde eigenaren reeds lang hun verlies hebben vergoed?

nog zou worden verrijkt met hetgeen hem door derden wegens hun onrechtmatige daad zou worden uitgekeerd.

Men oppert nog in onzen tijd de vraag, of art. 284 toepasselijk is op levensverzekering. Velen ontkenden, misleid door de woorden: schade aan een verzekerd voorwerp; men vroeg zich af op welke wijze de verzekeraar op het leven in staat zou worden gesteld in de rechten van den verzekerde tegen derden te treden. Stellen wij b. v. dat het leven van A door B wien hij onderhoud verschafte is verzekerd; A wordt door C gedood; nu kunnen de overblijvende echtgenoot, ouders of kinderen een actie tegen den moordenaar instellen wegens een onrechtmatige daad (art. 1406 B. W.) maar in geen geval B, die dus ook geen rechten aan den verzekeraar kan afstaan. Maar zoo nu B tevens de zoon is van A, dan zou hem als verzekerde de verzekeringssom, en als erfgenaam de schadeloosstelling waartoe C krachtens vonnis zal worden veroordeeld, worden uitgekeerd. Zoo zou B winnen bij zijns vaders dood en daar dit nooit liggen kan in de bedoeling van een wetgever, die overal elders zoo strikt het beginsel van indemniteit handhaaft, wordt de verzekeraar aan B gesubrogeerd en de actie tegen C op hem overgedragen. Had nu de wetgever in plaats van »schade aan een verzekerd voorwerp", gesproken van schade aan een verzekerd belang, of had hij op het voetspoor van het A. D. H. in het algemeen gezegd; »Hat der Versicherer seine »Verpflichtungen erfüllt," men had m. i. geen oogenblik geaarzeld art. 284 ook op levensverzekering toepasselijk te verklaren. Maar mag een verkeerde uitdrukking ons leiden tot een verkeerde interpretatie?

Ten slotte wijzen wij op art. 289 W. v. K., waarbij bepaald is dat »bij het beding van wederopbouw de verzekering »nimmer drie vierden dier kosten mag te boven gaan" (1). De

1) »En van alle andere goederen moet het tiende deel blijven onverzekerd, ten »laste van den eigenaar." De Groot, l. c. B. III, D. 24, § 4.

verzekerde immers krijgt een nieuw huis in plaats van het oude en zou op die wijze bij den brand kunnen winnen. Of niettemin deze bepaling zal bijdragen tot handhaving van het beginsel van schadeloosstelling, meen ik te mogen betwijfelen, terwijl zij aan den anderen kant de verzekering dikwijls voor een deel illusoir maakt. Stellen wij b. v. dat iemand gedurende veertig jaar een sedert lang verzekerd huis bewoont, dat langzamerhand in verval geraakt. De werkelijke waarde is niet meer dan 3000 g.; toch zal hij wellicht daarvoor in de plaats krijgen een nieuwe en sterke woning, die een waarde van 10 of 12000 g. vertegenwoordigt. Een ander daarentegen liet twee of drie maanden geleden een huis bouwen dat hem 12000 g. kostte; het verbrandt en de verzekeraar zal slechts 9000 g. hebben uit te betalen, terwijl eigenlijk een vierde der waarde onverzekerd bleef. »Is »niet" vraagt dan ook Prof. de Wal (1), »elke aprioristische be»paling van het te vergoeden bedrag willekeurig?"

Ziedaar eenige (2) van de belangrijkste gevolgen der indemniteitsleer, het uitvloeisel van de vrees voor ontaarding der verzekering in spel en weddingschap. Aan sommigen hebben wij afzonderlijke paragrafen gewijd, terwijl wij de critiek van het gansche stelsel tot het laatst bewaren. Voordat wij echter overgaan tot de dubbele verzekering, zal het noodig zijn een blik te werpen op den invloed, die de onzekerheid op de overeenkomst uitoefent.

Het belang van den verzekerde moet aan gevaar onderhevig zijn, m. a. w. een toekomstige onzekere gebeurtenis (3) moet

1) Handelsrecht, D. II, p. 329.

2) Niet allo, omdat zij te talrijk zijn en in menig artikel liggen verscholen.

3) Zooals brand, schipbreuk, hagelslag, veepest, spoorwegongelukken enz. Onze voorbeelden ontleenen wij weder aan zeegevaar.

beslissen over de verplichtingen van den verzekeraar. Was er geen onzekerheid, bestond voor een der partijen gewisheid, dan zou de gelijkheid van kans waaraan den wetgever zooveel gelegen is verbroken zijn, en nu eens de verzekeraar de premie winnen zonder eenig equivalent, d. i. zonder eenig gevaar hoegenaamd op zijne schouders te laden, dan weder aan den verzekerde de assurantiesom worden uitgekeerd, zonder dat de premie in een billijke verhouding stond tot de risico, die de verzekeraar had op zich genomen. Bovendien zou het strijden tegen alle beginselen van eerlijkheid en goede trouw, zoo een der partijen, die zekerheid had van het verlies of de behouden aankomst van schip of lading, zich jegens den ander als geheel onkundig voordeed, en de een zich derhalve zou waarborgen tegen een onheil dat reeds plaats gegrepen had, de andere zou verzekeren tegen een gevaar dat niet meer plaats grijpen kon. Zoo ergens, dan is bij deze overeenkomst goede trouw een hoofdvereischte. »La bonne »foi la plus scrupuleuse", zegt Emérigon (1) (die op dit gebied om zijn kennis en ervaring onvoorwaardelijk geloof verdient) »doit régner dans les stipulations des parties contractantes." Ook door de wetgevingen is dit te recht ingezien, immers de bepalingen omtrent reticentie en valsche opgaven hebben daaraan hun ontstaan te danken (art. 251 W. v. K., 348 C. d. c., § 2024 env. Pr. Lr. (2), art. 810 env. A. D. H). Zij trachten een ongelijken graad van onzekerheid tusschen den verzekerde en den verzekeraar te voorkomen. Hoeveel te meer bestaat er grond tot voorzichtigheid, daar waar bij een van beiden absolute zekerheid heerscht omtrent een voorwaarde waarvan de geheele overeenkomst afhankelijk is! Doch aan den anderen kant mocht

1) l. c. p. 4.

2) »Bei Schliessung des Versicherungsvertrages sind beide Theile zu besonderen »Treue, Redlichkeit und Aufrichtigkeit verpflichtet."

de wetgever niet uit het oog verliezen, dat de verzekerde niets anders verlangde als zijne onderneming zonder schade ten einde te brengen en het hem volmaakt onverschillig zal zijn of zijn goed behouden aankomt, dan wel de assurantiepenningen hem worden uitgekeerd. Evenzeer begreep hij, dat de berekeningen van den verzekeraar steunden op diens subjektieve opvatting omtrent jaargetijde, statistieke tabellen enz. en achtte hij hem dus genoegzaam gewaarborgd, zoo er aan zijne zijde en aan die zijner wederpartij slechts een betrekkelijke onzekerheid bestond. Dan immers was de toestand voor beiden dezelfde en stonden beider kansen gelijk. Aan dit beginsel hebben art. 269 en 270 W. v. K. hun ontstaan te danken (1).

1) Art. 269 en 270 W. v. K., 365 en 366 C. d. c., § 2025 en 2026 Pr. Lr., art. 789 H. D. H. Art. 269 W. v. K: „Alle verzekering gedaan op eenig belang „hoegenaamd, waarvan de schade, tegen welke verzekerd is reeds op het tijdstip „van het sluiten der overeenkomst bestond, is nietig, indien de verzekerde of hij „die met of zonder last heeft doen verzekeren, van het aanwezen der schade heeft „kennis gedragen." Onze bepaling verdient de voorkeur boven de fransche waar elke opgave of retieentie „qui diminuerait l'opinion du risque et en changerait le sujet," de overeenkomst nietig maakt. Een uitzondering op ons artikel bestaat bij levensverzekering. „Indien de persoon wiens leven verzekerd is, op het oogenblik van het sluiten der verzekering reeds was overleden, vervalt de overeenkomst, „al had de verzekerde van het overlijden geene kennis kunnen dragen, tenzij „anders ware bedongen." De memorie van toelichting van 23 Maart 1835 gaf als reden dezer afwijking op, dat zij diende ter voorkoming van bedrog en verschalking; maar had dan hetzelfde niet bij alle andere verzekeringen moeten gelden? Het oogenblik waarop iemand sterft is aan verschillende personen bekend en meer getuigen zijn daarbij gewoonlijk tegenwoordig dan bij een schipbreuk. Of vreesde men dat het leven van een stervende zou worden verzekerd? Maar een tal van middelen tot onderzoek staan den verzekeraar open. Ook de Pinto vergast ons op een zeer zonderlinge redeneering. „De overeenkomst", zegt hij, „is in „het geval van art. 306 zonder onderwerp." De verzekeraar loopt geen gevaar en „zonder dat is geen kansovereenkomst, geen verzekering bestaanbaar." (W. v. K. D. II p. 221, § 239). Dit is bepaald onjuist. Is er geen onderwerp in het geval in kwestie bij levensverzekering, dan is er dit evenmin bij zeeverzekering; werkelijk echter is in beide gevallen wel degelijk het belang het voorwerp der verzekering. „Zonder gevaar, zegt de schrijver verder, is geen verzekering mogelijk."

Over deze bepalingen eenige weinige opmerkingen. Vooreerst wordt in ons W. v. K. alleen van den verzekerde gesproken en dus het geval niet voorzien, dat de verzekeraar kennis droeg van het behouden aangekomen zijn van schip of lading. Op grond van de analogie van art. 597 W. v. K. (1) zal ook dan het contract nietig zijn. Ten aanzien der premie bevat ons artikel geen bijzonderen regel en zullen dus art. 281 en 282 toepasselijk wezen. Was derhalve de verzekerde te goeder trouw, dan zal het ristorno plaats hebben voor zoover de verzekeraar geen gevaar heeft geloopen. Was kwade trouw in het spel, dan zal hij de premie verbeuren; habet quod sibi imputet, zoo hij

Hij vergeet, dat art. 306 een uitzondering is op den algemeenen regel van art. 269, dat juist verzekering zonder gevaar erkent mits er zij relatieve onzekerheid. Evenmin voldoet de verklaring van Holtius (l. c. D. III p. 391) „dat men niet „gewoon is in de ongewisheid of een persoon leeft zijn leven te verzekeren, omdat „de assuradeur naar zijn jaren en gezondheid vraagt om daarnaar de premie te be-„rekenen of zelfs de assurantie af te wijzen, waarin ligt opgesloten dat hij nog „moet zijn in rebus humanis." Juist hetzelfde is alweder bij een schip waar; ook daar zal de assuradeur gewoonlijk onderzoeken of het een oud of een nieuw, een zeil- of een stoomschip is, in één woord, hij vraagt naar alle omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de voorwaarden die hij bedingen zal. Zoo ons dus geene verklaring bevredigt, bekennen wij tevens onze onmacht om een betere te vinden. De oorsprong der bepaling ligt voor mij in het duister. Ik vereenig mij derhalve gaarne met Malss, l. c. p. 19: „Wir sind nun der Ansicht dass kein „Grund vorhanden sei, die Anwendung dieses Satzes (906) bei anderen Versiche-„rungsarten aus zu schliessen. — kein Bedenken kann hiergegen erhoben werden, „welches nicht auch bei der gleichartigen Seeversicherung in demselben Masse „bestände."

1) Art. 597 W. v. K. „Indien de verzekering is gedaan op schepen of goederen, „welke, ten tijde van het sluiten der overeenkomst, reeds behouden ter plaatse „hunner bestemming waren aangekomen, of op eenig belang, waarvan de schade, „tegen welke verzekerd is, reeds op voorschreven tijdstip bestond, zijn op die „gevallen toepasselijk de bepalingen van art. 269 en 270, indien namelijk bewezen „wordt of er vermoeden bestaat dat de verzekeraar van de behoudene aankomst, „of de verzekerde of diens lasthebber van het aanwezen der schade, bij het sluiten „der overeenkomst, heeft kennis gedragen."

bedrog plegen wilde (1). De verzekeraar is wegens de nietigheid der overeenkomst nooit tot eenige terugbetaling verplicht.

Zeer streng waren de bepalingen van § 2025, § 2026 en § 2028 Pr. Lr., thans door het A. D. H. vervangen. De verzekerde verloor niet alleen de premie, maar werd bovendien, zoo hij van het ongeval zekere tijding had, als bedrieger gestraft. De verzekeraar moest de premie teruggeven en bovendien als straf haar dubbel bedrag betalen (2).

Het A. D. H. onderscheidt drie gevallen. Ten eerste zekerheid bij verzekerde en verzekeraar beide; dan is de overeenkomst als Versicherungsvertrag ungültig, zij kan echter als weddingschap gelden b. v. over het meer of minder beschadigd zijn der verzekerde goederen, en dan komen de gewone regelen van dit contract in aanmerking. Ten tweede zekerheid bij den verzekeraar die van de behouden aankomst kennis droeg; dan is de verzekerde niet verbonden, d. i. hij zal de premie òf niet behoeven te betalen òf kunnen terugvorderen door de condictio sine causa. Ten derde eindelijk zekerheid bij den verzekerde alléén, dan is de wederpartij ontslagen en behoudt de premie (3).

Ziehier de invloed die het juridisch kenmerk der kansovereenkomsten op de verzekering uitoefent. De bijzondere bepalingen daaromtrent volgen uit den aard van het contract; bestaat er absolute zekerheid, dan ontzinkt aan de verzekering haar grond en kan zij slechts in zooverre van kracht zijn, dat zij

1) Onze strafwet vereischt dan ook op dit punt herziening, daar dit feit meestal niet onder eenige strafbepaling vallen zal.

2) De Romeinen zouden hier spreken van een actio mixta (rei et poenae persequendae causa comparata) in triplum. Zie omtrent het bewijs § 2201—2206 Pr. Lr. De vraag is of deze thans nog gelden. Wij zullen ons in deze kwestie niet verdiepen, maar verwijzen naar Koch, A. D. H. p. 654, no. 18.

3) Een betrekkelijke onzekerheid bestaat ook bij de verzekering op goede of kwade tijding. Art. 594 W. v. K.

werkt ten nadeele van hem die mala fide gehandeld heeft. Rechtvaardigt nu deze enkele bepaling de plaatsing der verzekering in één rubriek met spel en weddingschap? Of zou niet veeleer het door ons aangenomen economisch kenmerk, de vrees nam. voor ontaarding in schadelijke en doellooze contracten, de beweegreden des wetgevers geweest zijn? Wij laten het antwoord aan den lezer over.

---

§ 2.

Dubbele verzekering en Oververzekering.

Alleen de belanghebbende kan een overeenkomst van verzekering aangaan. Is derhalve zijn belang reeds op eenige andere wijze tegen gevaar gewaarborgd en wordt hij bij verlies volkomen schadeloos gesteld, dan zou het strijden tegen het stelsel van indemniteit, zoo hem door een anderen verzekeraar nog eens de waarde van het verzekerde werd uitgekeerd. Van daar in bijna alle wetgevingen de bepalingen omtrent dubbele en oververzekering.

Wij beginnen met ons W. v. K., en wel met art. 252, dat »de tweede verzekering, gedaan voor denzelfden tijd en hetzelfde »gevaar, op voorwerpen die reeds voor hun volle waarde waren »verzekerd, nietig verklaart." In verband daarmede staan art. 277 en 278. Zijn verscheidene verzekeringen te goeder trouw (1) ten aanzien van hetzelfde voorwerp aangegaan en is bij de eerste de volle waarde verzekerd, dan houdt alleen deze stand en de volgende verzekeraars zijn ontslagen. Is bij de eerste verzekering de volle waarde niet verzekerd, dan zijn de volgende verzekeraars voor de meerdere waarde aansprakelijk naar orde des tijds, waarop de volgende verzekeringen zijn gesloten (art. 277). Maar hebben

1) Van kwade trouw, die elke overeenkomst eo ipso vernietigt is natuurlijk geen sprake.

onderscheidene verzekeraars op onderscheidene dagen bij dezelfde polis of op denzelfden dag bij verschillende polissen meer dan de waarde verzekerd, dan dragen zij elk pro rata parte bij tot het betalen der volle waarde van het verzekerde.

Tegen oververzekering, d. i. »verzekering boven de waarde of »het wezenlijk belang" (1), waakt art. 253, dat de verzekering alleen geldig verklaart tot het beloop daarvan.

Hetzelfde is bepaald bij art. 358 en 359 C. d. c.. Art. 357 voorziet nog het geval, dat de verzekerde of herverzekerde was te kwader trouw. Dan wordt het contract ten zijnen nadeele nietig verklaard en verbeurt hij de premie (2).

Art. 252 van ons W. v. K. vangt aan met een uitdrukking die bewijst, dat de wetgever een begrip dat hij beter dan anderen had gevat (3), op een zonderlinge wijze heeft uitgedrukt. Wij bedoelen de woorden: »uitgezonderd de gevallen bij de wet »bepaald." Het schijnt dat men hiermede de herverzekering op het oog had, doch men vergat, dat verzekering tegen hetzelfde gevaar vereischt wordt, opdat er van dubbele verzekering sprake

---

1) Holtius beweert dat dit geen pleonasme is. »Die", zegt hij, »op een lading »waardig 20000, op bodemerij gegeven heeft 12000 g., kan zich slechts voor 12000 »g. laten verzekeren, want zijn belang gaat niet verder; de bodemerijnemer kan »assurantie nemen voor de overige 8000 g." Toch houd ik de woorden: boven de waarde, overtollig. In het geval, dat Holtius opgeeft zijn er twee verschillende belangen en nu mag noch hij die bodemerij gaf noch hij die ze nam boven zijn wezenlijk belang verzekeren.

2) Art. 358 bepaalt daarenboven, dat zij die elk een deel der waarde verzekerden, voor datgene wat zij oververzekerden en dus niet behoeven uit te keeren, geen premie zullen ontvangen, maar l'indemnité de demi pour cent. Reeds de ordonnance de la marine (art. 20) verbood dubbele verzekering. De definitie van den Code is zeer slecht; vatte men haar letterlijk op, dan zou A dezelfde zaak niet bij B tegen diefstal, bij C tegen brand mogen verzekeren. Er wordt noch gesproken van hetzelfde gevaar, noch van hetzelfde belang, noch van denzelfden tijd.

3) Arnould, even onnauwkeurig als de Code, vergeet in zijne definitie (»when »the assured makes two or more insurances on the same subject, the same risk and »the same interest") het: »for the same time".

kan zijn. De assuradeur nu die zich laat herverzekeren, waarborgt zich niet tegen het gevaar van vernietiging of beschadiging van het verzekerde voorwerp, maar tegen dat van zijn eventueele verplichting om de verzekeringssom uit te betalen; de verzekerde van zijn kant vrijwaart zich tegen de kans van insolventie van den verzekeraar. In geen van beide gevallen is dus hetzelfde belang meer dan eens tegen hetzelfde gevaar verzekerd en een der voorwaarden, die de wet voor het bestaan van dubbele verzekering verplichtend stelt, ontbreekt (1).

Het Pruisisch Landrecht onderscheidt, wat dit punt betreft, dolus van culpa lata en culpa levis (vorsätzliche Unrichtigkeit, tegenover grobem oder mässigem Versehen). Eerst echter gaat een algemeen verbod vooraf (§ 2000), hetwelk zondigt aan de onnauwkeurigheid dat er geen melding wordt gemaakt van d e n z e l f d e n t ij d. Met dit verbod gaat gepaard de verplichting van den verzekerde, om den verzekeraar mede te deelen of en hoe hij reeds op een andere plaats een contract van verzekering had aangegaan, of daartoe last had gegeven (§ 2001). Hij die opzettelijk in deze mededeeling een onjuistheid begaat, zal zijn vorderingsrecht uit beide overeenkomsten verliezen en als bedrieger worden gestraft. Is het nalaten dier mededeeling slechts aan culpa lata of levis te wijten, dan blijft alleen de oudste verzekering bestaan, maar moet de verzekerde ook de premie wegens de jongste betalen

1) Ook het A. D. H. begaat in art. 793 dezelfde fout: »Die spätere [in elk geval beter dan dubbele] Versicherung hat jedoch rechtliche Geltung, 1o. als bij het aangaan der tweede overeenkomst door partijen is bepaald, dat een tweeden verzekeraar de rechten tegen den eerste zullen worden afgestaan [eenigszins gelijkende op ons art. 271]; 2o. in het geval van ons art. 280; 3o. als: »die frühere Versi»cherung nicht zu Recht bestehe," dan is er natuurlijk slechts één contract; en eindelijk 4o. als de eerste verzekeraar vóór het aangaan van het contract wordt ontslagen en dit aan den tweeden verzekeraar wordt medegedeeld [art. 272 W. v. K]. Geen dier gevallen vertoont een spoor van dubbele verzekering.

(§ 2003). § 2009 voorziet het geval dat men tot een bepaalden tijd zijn belang heeft verzekerd en staat het aangaan eener nieuwe overeenkomst na het verstrijken daarvan toe; hetzelfde geldt indien slechts tot zekere plaats verzekerd is (§ 2010). Een goede en volledige definitie der dubbele verzekering had deze twee laatste paragrafen overbodig gemaakt.

Tegen oververzekering waken § 1984 (nooit hooger dan de waarde ten tijde van het sluiten van het contract) en § 1987 (»Versicherungen auf Waaren sollen den Einkaufspreis nicht »übersteigen.")

Het A. D. H. verving deze bepalingen door art. 790, 792 en 793. Voor zooverre de verzekeringgssom de waarde overtreft, is de verzekering nietig (1). Hetzelfde geldt omtrent de dubbele verzekering, d. i.: »wenn der Gegenstand auf dieselbe Gefahr »bereits versichert ist" (Doppelversicherung) (2); zoo echter bij de eerste overeenkomst niet de volle waarde verzekerd is, geldt de tweede tot het beloop daarvan. Over de zoogenaamde uitzonderingen van art. 793 spraken wij reeds vroeger. Slechts dan heeft de tweede verzekering den voorrang boven de eerste, zoo zij is aangegaan door den belanghebbende of een derde op zijn last vóór het tijdstip, waarop hij kennis droeg van een zonder lastgeving en buiten zijn weten gesloten verzekeringscontract (3).

In Engeland werd gedurende geruimen tijd het fransche stelsel omtrent dubbele verzekering aangenomen. Lord Mansfield echter

---

1) Zie over de teruggave der premie [ristorno] art. 900 A. D. H.

2) Beter ware: das Interesse; men vergat weder: voor denzelfden tijd.

3) Vgl. over de dubbele verzekering: Benecke l. c. D. I p. 222 env.; Pöhls l. c. p. 107; Eichhorn l. c. p. 31 env; Pothier l. c. no. 33; Emérigon l. c. D. I p. 21: „On ne peut faire assurer la même chose pour le même risque." (hij vergeet dus pour le même temps en vermeldt evenmin dat reeds de volle waarde moet verzekerd zijn); v. d. Loeff, l. c. p. 65.

was een andere leer toegedaan, die meer in den smaak van het handelspubliek scheen te vallen. Zijn gevoelen, dat thans in Engeland als wet geldt, komt in het kort hierop neder: Tusschen de verschillende verzekeraars bestaat in zekeren zin solidariteit. De verzekerde mag of elk hunner pro rata parte of een hunner voor het geheel aanspreken, die dan weder zijne rechten tegen de overigen kan handhaven. De verzekeraars onderling worden beschouwd als elkanders borgen, »the risk of which guaranty »to each insurer will depend upon the solvency of his collateral »insurers." Dit stelsel is ook in Amerika common law, maar de practijk emancipeert zich daar van de wet en huldigt in de polissen nagenoeg altijd het fransche stelsel (1).

Omtrent oververzekering geldt oogenschijnlijk hetzelfde stelsel als bij ons. Verzekering immers is een contract of indemnity en mag nooit leiden tot verrijking van den verzekerde. Doch men is èn in Engeland èn in Amerika in dit opzicht zeer liberaal. Wij zullen in de paragraaf die over de getaxeerde polis handelt, daarvan eenige sterk sprekende voorbeelden opgeven. Men stelle zich voorshands tevreden met de woorden van Justice Story: »I do not know that any overvaluation however great, »if it steers wide of a wager and a fraud, can be otherwise »impeached" (2).

---

1) De keus tusschen beide systemata is zeer moeilijk. Het fransche is in de practijk het meest geschikt tot een spoedige afdoening van zaken. Het stelsel van Lord Mansfield daarentegen heeft, daar het den verzekerde het voorrecht toekent om aan te spreken wien hij wil, hetzelfde nut als de solidariteit der endossanten bij een wissel en spaart een verzekering op de insolventie des verzekeraars uit. Men is hier door een aantal personen gedekt, uit welke men kan uitkiezen wien men het meest vertrouwt.

2) Vgl. voor het Engelsche en Amerikaansche recht: Benecke, l. c. p. 222; Phillips l. c. p. 227; Kent, l. c. p. 280 env; Parson, a treatise on maritime Law, D. II p. 63 en 99; Arnould l. c. p. 292.

§ 3.

Herverzekering.

Herverzekering kan plaats hebben, zoowel van de zijde des verzekeraars als van die des verzekerde. Het doel van den eerste is dan om zich te vrijwaren tegen de schade die hij door de betaling der verzekeringssom lijden kan en tegelijkertijd, door het uitkeeren eener lagere premie dan hij zelf ontving, winst te maken. Reeds wezen wij er in de vorige paragraaf op, dat hier geen sprake kan zijn van een uitzondering op het verbod der dubbele verzekering, omdat de herverzekering beoogt dekking tegen een geheel ander gevaar. Nu moge het waar zijn dat dit gevaar weder afhankelijk is van de behouden aankomst of de vernietiging van het verzekerde voorwerp, men kan het daarom nog niet hetzelfde noemen.

Art. 271 W. v. K. en 342 C. d. c. erkennen dan ook de herverzekering des verzekeraars uitdrukkelijk. Het Pruisische Landrecht was weder zeer breedsprakig. Na het vaststellen van het beginsel (§ 2016) (1) omschreef het de verhouding tusschen verzekeraar en herverzekeraar (§ 2019 en § 2023), constateerde dat door de herverzekering in de verhouding tusschen den eersten verzekeraar en den verzekerde geen wijziging gebracht werd (§ 2020) en dat de twee overeenkomsten geheel onafhankelijk van elkander zijn (2021), en zonderde eindelijk van dezen regel alleen het geval uit, dat aán den eersten verzekeraar een deel van de liquide som werd kwijtgescholden, als wanneer dit ook den herverzekeraar ten goede zou komen (§ 2022). Thans heeft het A. D. H. wat dit punt betreft noch deze noch andere bepalingen opgenomen,

1) Zij spreekt van Rückversicherung.

m. i. te recht. Deze herverzekering immers heeft tot voorwerp een op geld waardeerbaar aan gevaar blootgesteld belang en valt niet onder het begrip van dubbele verzekering.

Ook in Engeland was deze overeenkomst uit den aard der zaak volkomen erkend. Doch toen zij dreigde te ontaarden in een nutteloos spel en men haar ging gebruiken om op het rijzen en dalen der premien te speculeeren, werd zij in statuut 19 Geo. II c. 37 verboden en bepaald, »that no reinsurance shall »be lawful except the former insurer shall be insolvent, ban»krupt or dead." Alweder dus uit vrees voor zoogenaamd spel hetzelfde preventieve stelsel consequent gehuldigd, ten koste van de vrijheid van verkeer (1).

De verzekerde van zijne zijde kan zich vrijwaren tegen de insolventie des verzekeraars (art. 280 W. v. K., § 2011 Pr. Lr. art. 793 A. D. H. (Versicherung über die Zahlungsunfähigheit des Versicherers). Wij wezen er reeds op, dat men ook deze herverzekering ten onrechte met de dubbele verzekering in verband bracht. De redacteuren van den Code achtten hare vermelding overbodig. Wij vereenigen ons gaarne met dit stelsel, maar hadden dan ook gewenscht, dat zij in art. 359 de woorden: »contre le même risque" hadden ingelascht.

In het Engelsche en Amerikaansche recht is deze overeenkomst evenzeer geoorloofd, doch wordt, vooral in het eerste land, slechts zelden toegepast, omdat de dubbele verzekering, waarbij de verzekeraars elkanders solidair aansprakelijke borgen

1) Vgl. voor het Engelsche en Amerikaansche recht: Benecke, l. c. p. 218; Pöhls, l. c. p. 117; Blackstone, l. c. p. 517; Phillips, l. c. p. 127 [»Reinsurance »is a contract whereby one party, called the reinsurer, in consideration of a »premium paid to him, agrees to indemnify the other against the risk assured by »the latter by a policy in favor of a third party"]; Arnould, l. c. p. 286.

zijn, in alle behoeften voorziet en den verzekerde genoegzaam vrijwaart tegen het gevaar van insolventie (1).

---

§ 4.

Verzekering van vracht en verwacht wordende winst.

De verzekerde moet hersteld worden in den toestand waarin hij verkeerde op het oogenblik dat hij zijn goederen verzond, luidde het gebod der oude theorie. Juist zooveel, maar niet meer dan hij aan de onstuimige baren toevertrouwde, mocht het voorwerp der verzekering zijn. Dit was haar eerste eisch en daarmede dacht zij de indemniteitsleer tegen elke overtreding te hebben gewaarborgd. Alleen dus het damnum emergens, d. i. die schade welke onmiddellijk het vermogen van den handelaar verminderde, mocht worden vergoed en door strenge dogmatische bepalingen stelde de leer der schadeloosstelling aan de ontwikkeling van het verkeer schijnbaar onoverkomelijke hinderpalen in den weg. Doch de handel kon zich niet bevredigd achten door den uitslag van den jarenlangen strijd tegen het woekerdogma gevoerd, zoolang deze niet met de geheele overwinning der verzekering was geeindigd. Men had den vinger toegestoken en het verkeer wilde de geheele hand. Wat baatte het den koopman, zoo hij, na maanden lang de kansen eener onderneming gewogen en zijn kostbaren tijd daaraan verspild te hebben, na eindelijk zijn schoone verwachtingen een prooi der golven te hebben zien worden, hersteld werd in den toestand waarin hij verkeerde toen hij zijn onderneming begon?

2) Vgl. de zoo even genoemde schrijvers.

Wie zou hem schadeloos stellen, nu zijn kapitaal op die wijze improductief bleek te zijn? Wie zou den reeder, die een schip verhuurd had om de vracht der daarin geladen goederen te verdienen, waarborgen tegen het gevaar, dat zijn hoop door schipbreuk of eenige andere ramp zou worden teleurgesteld en hij dus tijd en geld nutteloos zou hebben besteed? En nu mocht de leer die haar ontstaan te danken had aan de vrees voor spel en weddingschap, nog zoo ongunstig gestemd zijn tegen overschrijding harer grenzen er nog zoo waken tegen elke verrijking door middel der verzekering, het verkeer maakte zich spoedig van haar los, gelijk het steeds doet als een dogma zijn uitbreiding wil tegengaan. Geen wonder alzoo, dat na een geleidelijke ontwikkeling thans in de meeste wetgevingen in beginsel is erkend, wat door Lawrence aldus is uitgedrukt: »dass keine unrecht»mässige Ermunterung des Handels darin liegen könne, wenn »man dem Kaufmann das Mittel gestatte nicht allein das auf »eine Unternehmung verwandte Kapital im Unglücksfalle zu »retten, sondern auch zu verhindern dass es sodann völlig im»productiv bleibe" (1).

Zoo trad naast de verzekering van het damnum emergens die van het lucrum cessans op. Zij doet zich in velerlei vormen voor, hetzij als verzekering van vracht, hetzij als die van verwacht wordende winst, hetzij als die van provisie of van de bodemerijpremie. Wij doen uit allen een keus en bepalen ons tot de twee eersten; immers de bedenkingen die tegen ieder in het bijzonder zijn aangevoerd komen nagenoeg overeen, en met hare beantwoording wat de twee eersten betreft hebben wij te gelijker tijd onze plicht omtrent de anderen vervuld. In de volgende

1) Bij Benecke, D. I. p. 92.

afdeeling zullen wij wellicht nog de gelegenheid hebben op de verzekering der bodemerijpremie terug te komen.

Slechts in twee wetboeken is de verzekering van vracht en winst onvoorwaardelijk uitgesloten, in het fransche en spaansche namelijk. De Code de commerce bepaalt in art. 347: »Le »contrat d'assurance est nul s'il a pour objet: le frêt des mar»chandises existant à bord du navire (1) — le profit espéré". Wij zullen de bezwaren nagaan, waarop men deze uitsluiting trachtte te rechtvaardigen, en zoo wij er in slagen de ongegrondheid daarvan aan te toonen, zullen wij tevens hebben bewezen, dat de leer die deze soort van verzekering in het algemeen verwerpt, berust op een valschen grondslag, en miskent de rechtmatige eischen van het verkeer.

»On ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de »perdre et nullement les gains qu'on manque de faire," zegt Emérigon (2). Verzekering is een indemniteitscontract, alleen datgene wat aan dadelijk gevaar is blootgesteld kan voorwerp der overeenkomst zijn. »Le profit ou le frêt", gaat hij voort, »est un être moral qui ne se trouve point dans le navire et »qui par conséquent (!) ne peut pas être assuré," m. a. w. er is geen voorwerp waaraan een dergelijke verzekering kan worden vastgeknoopt. Vracht of winst is slechts een verwachting die dikwijls blijkt ijdel te zijn; zij is, wat de Engelschen uitdrukken met een woord dat elke taal hun mag benijden, een nonentity en het zou strijden tegen alle regelen der imdemniteit, zoo een koopman voor het gemis van iets zoo onzekers zou

1) Wij verstaan daaronder de te verdienen vrachtpenningen en zullen ons niet bezig houden met de onderscheiding in frêt acquis en frêt à faire [ord. de la marine]. Zie v. d. Loeff l. c. p. 167 env.

2) l. c. p. 14 env.

worden schadeloos gesteld. Op die wijze immers, zou hij winst kunnen maken.

Men ziet dadelijk in, dat in de begrippen onzer tegenstanders dezelfde verwarring heerscht als in hune definitien. Nu zij eenmaal een zaak, res quae tangi cernique potest, als het voorwerp der verzekering beschouwden, moesten zij er wel toe komen om haar overal uit te sluiten waar een dergelijke lichamelijke zaak niet zichtbaar was (1). Blijkens onze bepaling zijn wij een geheel ander beginsel toegedaan. Wij verstaan onder het voorwerp der verzekering het verzekerbaar belang en zoo wij vragen of dit belang bij de vracht en winstverzekering bestaat, zal ons antwoord zeer zeker bevestigend moeten zijn. Wij geven gaarne toe, dat de hooggespannen verwachting van den handelaar, van het standpunt des wetgevers, niet steunen moet op overdreven illusien, die hij zich van den uitslag zijner onderneming maakt, om hem recht op schadeloosstelling te geven. Doch zoo zijn hoop inderdaad berust op een redelijken grondslag, zoo er b. v. verschil is in den prijs der goederen op de plaats der verzending en die der bestemming, dan heeft hij weder een op geld waardeerbaar belang dat aan gevaar blootgesteld en met beschadiging of ondergang van schip of lading onafscheidelijk verbonden is. En hetzelfde geldt in nog hoogere mate van vracht; hier is, »a solid ascer»tained interest" (2), omdat, zoo schip of goederen behouden aankomen, een vaste som aan den vervrachter moet worden uitgekeerd.

Evenmin hechte men veel aan de onderscheiding van lucrum cessans en damnum emergens. Is dan gemis van voordeel niet ook een verlies? Indien werkelijk, zoo een zekere gebeurtenis

1) Toch liet men, merkt Kent [l. c. p. 270] te recht op, verkoop van onlichamelijke zaken toe. Wat is hier de substantie?

2) Arnould, l. c. p. 200 env.

het niet had belet, ons vermogen ware vermeerderd, kan men dan niet zeggen, dat het niet genieten van dat voordeel voor ons een verlies is? Maar zoo men de verzekering van gederfde winst toelaat zullen misbruiken ontstaan, zoo roept men uit; men zal pogingen aanwenden om het schip opzettelijk in den grond te boren ten einde door het verkrijgen der verzekeringssom winst te maken. Wij antwoorden eenvoudig hierop, dat, zoo in het algemeen op dezen grond een verbod niet te rechtvaardigen is (1), dit toch zeker niet het geval kan zijn in die landen, waar, als waarborg voor de indemniteitsleer, het bewijs geeischt wordt, dat de in de polis getaxeerde winst op de bestemmingsplaats werkelijk zou gemaakt zijn.

Een andere bedenking wordt tegen de verzekering van vracht aangevoerd. Men redeneerde namelijk aldus: den schipper zal de vracht slechts dan worden uitbetaald, als schip of lading onbeschadigd aankomen; hij zal dus, daar hij bij de behouden aankomst belang heeft, voor het hem toevertrouwde buitengewone zorg dragen en zich moeite en inspanning getroosten. Staat men hem nu toe de vracht te verzekeren dan wordt het lot zijner lading hem onverschillig, wordt zij vernietigd of beschadigd, hij heeft niettemin recht op de verzekeringssom en is in elk geval genoegzaam tegen schade gedekt. V. d. Loeff (2) wederlegt deze redeneering zeer juist, door er op te wijzen, hoe in onzen tijd, nu de reeder niet tevens schipper is en de vracht aan den eerste, niet aan den laatste moet worden uitbetaald, dit argument zijn kracht verloren heeft. Men bereikt thans hetzelfde doel door het verbod om de gagien van schipper en scheepvolk te doen verzekeren. Bovendien hebben wij nooit ontkend en zou het ons ook niet baten dit te ontkennen, dat de verzekering even

1) Wij zullen deze stelling in de laatste paragraaf nader trachten toe te lichten.
2) l. c. p. 166 env.

als elk contract tot vele schromelijke misbruiken kan aanleiding geven. Men verliest echter bij dergelijke gelegenheden steeds uit het oog, dat er een verantwoordelijkheid bestaat wegens dolus en culpa, en dat in het eerste geval de arm van de strafwet den schuldige zal weten te bereiken, terwijl in het tweede een actie tot schadevergoeding wegens nalatigheid tegen schipper of reeder zal kunnen worden ingesteld. Men vergete niet, dat aan alle partijen in een overeenkomst verplichtingen zijn opgelegd die zij niet straffeloos kunnen veronachtzamen, en dat het inderdaad ook voor den verstandigsten wetgever onuitvoerbaar is in alle gevallen te voorzien, waarin een minder nauwgezet contractant de goede trouw en eerlijkheid schendt.

Wij moeten ons op deze gronden ten sterkste verklaren tegen het fransche stelsel, dat de verzekering van vracht en verwacht wordende winst uitsluit, vooreerst, omdat de verzekerde heeft een op geld waardeerbaar belang en ten tweede, omdat door dezen vorm van verzekering geen inbrenk wordt gemaakt op de leer der indemniteit, indien men slechts aan dit woord geen te bekrompen zin hecht. Doch aan den anderen kant komt ons de aarzeling van den wetgever zeer verklaarbaar voor, en kunnen wij ons van zijn standpunt zeer goed begrijpen, dat hij het noodig achtte preventieve maatregelen te nemen die hier meer dan ergens noodig waren. Immers zoo men er eenmaal toe kwam die winst, die toch in elk geval onzeker was, als een vezekerbaar belang te erkennen, waar, zoo kon men redeneeren, blijft dan de grens? Wat is winst? Geeft elke hersenschim van den koopman, elke illusie omtrent de hooge waarde zijner goederen en den uitslag zijner onderneming hem het recht om die winst geheel willekeurig te taxeeren? Dit kon een wetgever niet toelaten die de ontaarding der verzekering in, volgens zijn wijze van zien, nuttelooze speculatien tegengaan, en alleen den

soliedeu handel, die steunde op verstandige berekening, te gemoet komen wilde. Van daar, dat in nagenoeg alle landen (1), hoezeer dan ook op verschillende wijze, het bewijs geeischt wordt, dat er naar alle waarschijnlijkheid winst zou gemaakt zijn, zoo schip of lading behouden ware aangekomen. Men late zich derhalve niet misleiden door de uitdrukking imaginäre Gewinn in het A. D. H. of ingebeelde winst in het W. van 1830. Ook daar moet de verwachting steunen op een redelijken grondslag en niet de vrucht zijn van overdreven voorstellingen.

Die waarschijnlijke winst nu moet aan gevaar zijn blootgesteld en wel aan zeegevaar, zooals schipbreuk, stranding enz. Zoo dus schip of lading behouden de plaats van bestemming bereikt, is de verzekeraar van alle verplichtingen ontslagen, al zou dan ook door eenig ander toeval (ruim aanbod, oorlog, ziekte) de speculatie mislukken en de hoop op winst worden teleurgesteld. Immers de verzekeraar neemt alleen op zich het gevaar der zee tot aan, niet dat van prijsvermindering op de bestemmingsplaats. Het Pr. Lr. staat in § 1992 »Versicherungen auf »das Bestehen, Steigen und Fallen der Waarenpreisen" aan kooplieden toe (2), tenzij er opzet bestond tot het doen stijgen van den prijs ten nadeele van het algemeen. V. d. Loeff (3) beweert dat de wetgever een dergelijke overeenkomst niet mag erkennen, »om- »dat de verzekering van de conjunctuur of verzekering van den »marktprijs, waarbij de omstandigheid dat goederen op een be- »paalden tijd niet die waarde hadden welke men verwacht had, »het gevaar verbeelden moet waartegen verzekerd wordt, in den »regel niets anders is als eene weddingschap die met de eigen-

1) v. d. Loeff l. c. p. 179 »alle"; uitgezonderd is echter Amerika.

2) Waarom alleen aan kooplieden?

3) l. c. p. 180 en 181.

»lijke verzekering niet verward moet worden." Ik kan mij met dit gevoelen in geenen deele vereenigen en houd ook in ons recht een dergelijke verzekering voor geoorloofd. Van een weddingschap (beter wedverzekering) kan slechts daar sprake zijn, waar geen belang bestaat. Wanneer A nu goederen laat verzekeren die op de plaats der afzending een bepaalde waarde vertegenwoordigen en die naar den marktprijs van de plaats der besteming 5% zuivere winst zullen opleveren, dan heeft hij een op geld waardeerbaar belang bij het niet dalen van den marktprijs, dat aan gevaar (ziekte, oorlog, ruim aanbod) is blootgesteld. Slechts dan zouden wij met een wedverzekering te doen hebben, als A zou doen verzekeren den marktprijs van goederen die aan B toebehooren en waaraan hij dus geheel en al vreemd is. Is dit het geval, dan ontbreekt een der essentialia; overigens verhindert mij niets, ook volgens onze wetgeving, elk op geld waardeerbaar belang tegen gevaar te vrijwaren, wanneer het niet door de wet is uitgesloten.

Zien wij thans wat in de wetboeken omtrent de verzekering van vracht en verwacht wordende winst is vastgesteld. Wij beginnen met die van vracht. Zij is uitdrukkelijk erkend in art. 593. (frêt à recevoir) en 613 (frêt à payer) (1) van ons W. v. K. Wij hebben alleen met de eerste soort te doen, d. i., zooals v. d. Loeff haar bepaalt: »de verzekering van het belang dat de »vervrachter er bij heeft, dat de bedongen vracht hem niet door

1) Wij herhalen, mits er belang zij, blijkbaar uit de betrekking waarin de verzekerde staat tot het schip: „Wer also Versicherung auf Fracht nimmt muss zu die „Zeit des Verlustes ein gesetzliches und in Billigheit begründetes Recht auf das Schiff „besitzen, denn das Recht zur Fracht fliesst aus dem Eigenthumsrechte [?] des „Schiffes und wenn der Versicherte keinen Rechtstitel [beter dan eigendomsrecht] an dem „Schiff hat so kann er auch kein Interesse an der Fracht besitzen." Vgl. Benecke l. c. D. I drittes Kapittel.

»zeeevenementen ontgaat." Die vrachtpenningen kunnen tot hun vol beloop worden verzekerd (art. 616) en haar bedrag wordt door chertepartijen of cognoscementen en bij gebreke daarvan door deskundigen begroot (art. 623). Nu bedenke men echter, dat de vracht uit twee factoren bestaat, nl. de vrachtpenningen zelve, de eigenlijke winst van den vervrachter, en de uitrustingskosten, gagien enz. Het A. D. H. onderscheidt daarom bruto en netto vracht en ook bij ons zal de bepaling van art. 801 gelden: »Die Fracht kann bis zu ihrem Bruttobetrage versichert »werden, insoweit sie nicht bereits durch die Versicherung der »Ausrüstungskosten, der Heuer und der Versicherungskosten »versichert ist." Deze laatste onkosten kunnen bij ons worden verzekerd krachtens art. 602 W. v. K. Is dit geschied en zijn tevens de vrachtpenningen verzekerd, dan zou, zoo het schip verging, de verzekerde winst maken; immers hij zou aan scheepsofficieren en scheepsgezellen geen loon hebben uit te betalen (art. 418), welk loon, zoo het schip behouden ware aangekomen, de vracht zou hebben verminderd. Van daar art. 617 W. v. K. (1)

§ 1990 Pr. Lr. bepaalde, dat het bedrag der verzekering van vracht niet hooger mocht zijn dan zooals zij bij chertepartijen en cognoscementen is vastgesteld, vermeerderd met de kleine avarij (2), terwijl § 2271 verbood op de taxatie in de polis acht te slaan en bij oververzekering, de som verminderde tot het zoo even genoemde maximum (§ 2270).

Deze bepalingen werden buiten werking gesteld door het A.

1) Art. 617. W. v. K. »Het schip vergaande of strandende, wordt de verzeke»ring ingekort, voor zooveel het beloop betreft van hetgeen de schipper of eige»naar van het schip door dat ongeval voor gagie of soldij van het scheepsvolk en »andere onkosten, welke bij behouden aankomst van het schip moeten betaald wor»den, niet of minder schuldig is."

2) Zie ook § 2244.

D. H. dat in art. 783 de verzekering van vracht erkende. Ook hier wordt de verzekeringswaarde der vrachtpenningen geconstateerd door de in de chertepartijen en cognoscementen (Frachtverträge) genoemde som (1), en zoo geen bepaalde som bedongen is of de goederen voor rekening des reeders worden verscheept, door de gewone vracht (2). Hetzelfde artikel stond de verzekering der vracht toe tot haar bruto bedrag, zoo niet reeds de kosten van uitrusting enz. afzonderlijk waren verzekerd.

Ook in Engeland en Amerika is de verzekering van vracht, d. i. »the benefit derived by the shipowner from the employ»ment of his ship," erkend. »It is sufficient", zeggen de schrijvers, »that the insured has an interest in the subject matter from which the fright is to arise," m. a. w. dat hij heeft een verzekerbaar belang. Bovendien moet zijn recht op de vracht zijn een »inchoate right," d. i. het schip moet begonnen zijn de vracht te verdienen, want eerst van dit oogenblik af aan bestaat er gevaar (3).

Men ziet, dat in het algemeen de verzekering van vracht geen moeilijkheid oplevert en haar bedrag door chertepartijen, cognoscementen of op een andere wijze gemakkelijk kan worden bewezen. Hetzelfde is met de verzekering van verwacht wordende winst geenszins het geval en partijen hadden hier met menig bezwaar te kampen. De vraag deed zich voor: hoe zal die waarde getaxeerd worden zoo de goederen niet aankomen? Hoe is het mogelijk het juiste tijdstip aan te geven waarop, zoo het ongeval niet had plaats gehad, de lading de bestem-

---

1) Vgl. art. 888.
2) Dat is die op de plaats der lossing, art. 620.
3) Vgl. Benecke, l. c.; Arnould l. c. p. 200 env.; Kent l. c. p. 268 env.

mingsplaats zou hebben bereikt? Absoluut de som te erkennen waarop het belang in de polis was gewaardeerd, ware stellig de meest eenvoudige wijze geweest om alle zwarigheden te vermijden, maar tevens het middel om de indemniteitsleer feitelijk buiten werking te stellen. Geen wonder alzoo, dat de wetgeving reeds spoedig op middelen bedacht was om de verzekeringswaarde van verwacht wordende winst zoo nauwkeurig mogelijk te bepalen, zonder de beginselen der schadeloosstelling te schenden.

Ons W. v. K. eischt vooreerst, dat de verwacht wordende winst afzonderlijk bij de polis worde begroot (art. 615 al. 1) (1) en stelt om haar bedrag te bewijzen twee wegen open. »Zij wordt »bewezen, zegt art. 621, door erkende prijscouranten, of, bij »gebreke daarvan, door eene begrooting van deskundigen, waaruit »blijkt van de winst welke de verzekerde goederen, bij behoudene »aankomst, na het afleggen eener gewone reis, redelijkerwijze, op de plaats der bestemming zouden hebben opgeleverd." Zeer terecht wordt deze bepaling scherp door v. d. Loeff gehekeld (2). Immers wanneer wij ons niet laten verleiden door den schijn van loffelijke consequentie waarmede ons wetboek de indemniteitsleer huldigde, dan springt het onpraktische stelsel van onzen wetgever dadelijk in het oog. Men lette slechts op de onbestemde uitdrukkingen, die ins ons artikel herhaaldelijk worden gebezigd. Wat zijn erkende prijscouranten? Wat is een gewone reis? Is hierop misschien het jaargetijde, het middel van vervoer, de kunde des schippers zonder invloed? Hoe wil men de kwaliteit bewijzen van goederen die op den bodem der zee begraven zijn? Evenzeer zal het oordeel der deskundigen van een tal van omstandigheden afhankelijk zijn en nu eens den verzekerde, dan

1) Nagenoeg woordelijk § 1991 Pr. Lr.

2) l. c. p. 184 env.

weder den verzekeraar een onbilijk voordeel of nadeel aanbrengen.

Met het stelsel van onzen wetgever staat art. 622 in nauw verband. Zoo het blijkt, dat de taxatie in de polis de verzekeringswaarde overtreft, dan zal deze tot het op de wijze van art. 621 bewezen bedrag worden verminderd. Zoo de lading bij behouden aankomst geen winst zou hebben opgeleverd, is de verzekeraar van elke vergoeding ontslagen.

Het is onbetwistbaar, dat het middel van art. 621 om de juiste verzekeringswaarde te begrooten, niet voldoet aan de behoeften van het verkeer, dat zich dan ook om de erkende prijscouranten en de waardeering door deskundigen al zeer weinig bekommert. De practijk heeft zich hier wederom van de wet losgemaakt. Nagenoeg in elke polis van verzekering op verwacht wordende winst, doet de verzekeraar afstand van zijn recht om het bewijs te vorderen dat volgens art. 621 wordt vereischt, en stemt hij er uitdrukkelijk in toe, de in de polis getaxeerde waarde onvoorwaardelijk uit te keeren. Gewoonlijk bezigt men daartoe deze formule: »Consenteerende wij alzoo in de bovengemelde begrooting »der winst, en dat onverschillig of er winst zij of »niet; renuncieerende wij daaromtrent van alle bij de wet »gestipuleerde, met voormelde bepaling strijdende artikelen" (1). Dat deze clausule in strijd is met den geest en de letter onzer wet, behoeft geen betoog (2); zij staat in zekeren zin gelijk met het »interest or no interest," waarvoor hier in de plaats is getreden de uitdrukking: onverschillig of er winst zij of niet. En nu denke men niet dat de verzekeraars een wedverzekering beoogen; zij zouden gaarne de regelen door het wetboek gegeven

1) v. d. Loeff l. c. p. 188; Lipman l. c. p. 234.

2) Immers door een bijzondere overeenkomst doet men afstand van een der essentialia (254 W. v. K.), dat in het belang der goede zeden of openbare orde wordt geeischt (Art. 14. Alg. Bep).

in acht nemen, zij zouden niets liever doen dan alleen zich schadeloos te stellen, niet verrijken, maar het is hun onmogelijk om zich aan de willekeurige begrooting van art. 621 te onderwerpen. Feitelijk steunt derhalve de verzekering van verwacht wordende winst op de goede trouw en eerlijkheid der partijen; niets immers belet den verzekeraar zich op art. 621 te beroepen, niettegenstaande de schijnbaar krachtige clausule in de polis. Maar wee den assuradeur die het beproefde! Zijn goede naam en crediet zou onherstelbaar worden geschokt, elk eerlijk koopman zou hem den rug toekeeren. Zoo ergens immers, is bij de verzekering waar wat Rudhart (1) op alle overeenkomsten toepast: »Untreue »bei Verträgen zerreisst das Band des Verkehres und alles Bei»sammenseins, widerstrebt also allen Foderungen der Vernunft »und ist eben deswegen widerrechtlich. In der Nothwendigkeit »des Verkehres liegt also der Beweis für die Heiligkeit der »Verträge."

De redacteurs van het A. D. H. hebben dan ook den strijd tusschen theorie en practijk, die het systeem onzer wet in het leven riep, getracht uit den weg te ruimen en daarom het stelsel aangenomen dat in onze polissen gebruikelijk is. »Im Falle des Totalverlustes hat »der Versicherer die Versicherungssumme zum vollen Betrage zu »zahlen," zegt art. 862. Wat totaal verlies is blijkt uit art. 860 (2). Dit beginsel is geheel in overeenstemming met art. 797: »Wird durch Vereinbarung der Parteien der Versicherungswerth »auf eine bestimmte Summe (Taxe) festgestellt (Taxirte Polize,) »so ist die Taxe unter den Parteien für den Versicherungswerth »massgebend." De milde leer echter die in deze woorden doorstraalt, wordt getemperd door de tweede alinea, die ook op de

1) l. c. p. 78.

2) Zie over beschadiging of gedeeltelijk verlies art. 883.

taxatie van verwacht wordende winst toepasselijk is. Zij geeft den verzekeraar de bevoegdheid om de taxatie in de polis te doen verminderen, zoo hij bewijst dat zij de waarde van het wezenlijk belang overtreft. Hoe men aldus de indemniteitsleer dacht te redden en daardoor een groote onbillijkheid beging, zullen wij in de volgende paragraaf trachten aan te toonen.

In Engeland wordt het bedrag der taxatie in de polis zonder eenige reductie uitgekeerd, indien de verzekerde slechts bewijzen kan dat het vrij zeker was (Arnould zegt: pretty certain), dat hij bij behouden aankomst der goederen eenige winst (some profit) zou hebben gemaakt. Het is mij niet duidelijk op welken grond v. d. Loeff beweert: »een vaste regel is in de Engelsche rechtspraak niet aangenomen." Uitdrukkingen als die van Arnould: vereischte is »satisfactory evidence that, had the »goods not been prevented from arriving, some profit would in »fact have been made," en die van Phillips: »it must appear »that there would probably at least have been a profit" komen vrij wel overeen, en het eenige verschil ligt in de meerdere of mindere mate van waarschijnlijkheid.

In Amerika eindelijk wordt zelfs niet het bewijs gevorderd, dat de lading, had zij de bestemmingsplaats bereikt, winst zou hebben opgeleverd. »It is difficult", zeide Justice Johnson, »to »conceive, if profit be a mere excrescence of the principal, as »some judges have said, why the loss of the cargo should not »carry with it the loss of the profits (1)."

Zoo zien wij dus den franschen wetgever met zijn uitsluiting

---

1) Vgl. wat het Engelsche en Amerikaansche recht betreft: Arnould, l. c. p. 240 env. (»the fact of being interrested in the profits constitutes an insurable »interest, without proof that there would have been a profit, had the voyage not »been interrupted bij the perils insured against"); Parson l. c. p. 170 env.; Phillips, l. c. p. 179 env.; Kent, l. c. p. 270 env.

der verzekering van vracht en verwacht wordende winst nagenoeg alleen staan. Zijn de fransche kooplieden inderdaad daarom te beklagen, nu zij verstoken zijn van de gelegenheid om de winst, die zij redelijkerwijze van een onderneming mogen verwachten, tegen gevaar te verzekeren? Hij die het beweerde, zou het bewijs geven van weinig levenservaring. Of weten wij niet, dat het verkeer zich niet om wettelijke bepalingen bekommert, zoodra deze de maatschappelijke belangen en de billijke eischen van den handel veronachtzamen ten behoeve van dogmatische bespiegelingen! Zoo is het ook met deze verzekering, de kooplieden helpen zich zelf, hetzij door middel van een overtaxatie der goederen, waarin dan tevens de winst begrepen is (1), hetzij door middel van een police d'honneur, die den verzekeraar wel is waar niet bindt in het oog der wet, maar die hem jegens de geheele handelswereld verantwoordelijk stelt voor de niet nakoming zijner verplichtingen. Zoo leidt ook hier een verouderde wetsbepaling tot wetsontduiking.

---

§ 5

De getaxeerde polis.

Er bestaan twee middelen om de waarde der verzekerde voorwerpen te schatten. Ten eerste kan het geschieden dadelijk bij het aangaan der overeenkomst van verzekering, als partijen die waarde in de polis (het bewijs van het gesloten contract) uitdrukken; in dit geval spreekt men van een getaxeerde

---

1) De verzekeraar doet dan ook te gelijker tijd afstand van het recht, om nadere rechtvaardiging te vragen.

polis (taxirte Police, valued policy). Of wel, men kan volgens het voorschrift onzer wet (art. 256) alleen een genoegzaam duidelijke omschrijving van het verzekerde voorwerp in de polis opnemen en eerst na het plaats grijpen van het ongeval zijn geldelijke waarde bepalen (open polis, offene Police, open policy). De practijk maakt meestal van het eerste middel gebruik en dit kan niemand verwonderen, die over het doel en de strekking der verzekering goed heeft nagedacht. Wij hebben er op gewezen hoe zij is de ziel van den handel, hoe zij menige nuttige onderneming in het leven roept, waarvoor anders de soliede koopman, uit vrees van groot geldelijk nadeel door mogelijke gevaren te lijden, zeker ware teruggedeinsd. Thans heeft hij zekerheid niet te zullen verliezen, althans hij d e n k t zekerheid te hebben. Immers zoo hij, na het plaats grijpen van het onheil, de waarde van het verzekerd voorwerp opeischt overeenkomstig de bepalingen onzer wet, dan loopt hij de kans, dat een oneerlijke assuradeur, nu het er op aankomt de verzekeringssom uit te keeren, hem zal afmatten door een menigte chicanes, totdat hij eindelijk zijn toevlucht zal moeten nemen tot een proces, dat door een tal van excepties gedurende lange jaren kan worden gerekt. Zoo zou natuurlijk zijn doel worden verijdeld en om daartegen te waken neemt hij zijn toevlucht tot de getaxeerde polis, waarin partijen, des noods na nauwkeurig onderzoek en na zich te hebben vergewist omtrent de waarheid van elkanders beweringen, reeds vooruit de som vaststellen, die aan den verzekerde, zoo onverhoopt het gevaar verwezenlijkt wordt, zal moeten worden uitgekeerd. Nu dan kon hij met recht zeggen, dat hij een contract van verzekering gesloten had. Tot in de kleinste breuk was hij thans in staat om het maximum van zijn mogelijk verlies te berekenen, gerust konde hij zijn hoofd te slapen leggen al zwalkten ook tien zijner schepen op de onstui-

mige baren rond, ... toen plotseling het strenge indemniteitsbeginsel, die oude plaag van het verkeer, aan al die schoone illusien den bodem insloeg. Ook hier toch bestond voor een wetgever, die onvoorwaardelijk de leer der bloote schàdeloosstelling was toegedaan, reden tot waakzaamheid. Hoe licht kon men op die wijze al zijn voorzorgsmaatregelen in den wind slaan en verzekeren boven het wezenlijk belang! Van daar dan ook in nagenoeg elk wetboek voorschriften omtrent het geloof dat een dergelijke waardeering in de polis verdient, van daar de middelen aan den verzekeraar toegekend om de bovenmatigheid der begrooting te bewijzen, van daar eindelijk de mogelijkheid aan een der partijen opengesteld om alle beginselen van eerlijkheid en goede trouw straffeloos te schenden, onder de doorluchtige goedkeuring en bescherming van een wetsartikel! Twee personen sluiten uit vrijen wil een overeenkomst, na de gelegenheid gehad te hebben alle kansen te overwegen. De praestatie van den een (premie) wordt afgewogen, vooreerst naar het gevaar dat de ander loopt om, zoo zekere voorwaarde vervuld wordt, een zekere geldsom te moeten uitbetalen en ten tweede naar het quantum dier som. Nu zou men denken, dat ook hier de regel, die een der hoofdbeginselen is van het modern verkeer: de overeenkomst strekt partijen tot wet, gelden moest, en menig onervarene zal bij de lezing van art. 797 al. 1 A. D. H. uitroepen: »maar »dit is immers natuurlijk! De premie is geheel naar de in de »polis genoemde som ingericht, wie zal er derhalve aan denken »den verzekeraar het recht toe te kennen daarover te chica»neeren! Slechts kwade trouw kan het middel zijn om de taxatie »te doen nietig verklaren." Zoo zou een ieder spreken die vertrouwd is met de elementen van recht en billijkheid. Niet alzoo onze wetgever, noch het Pr. Lr., noch het A. D. H. De verzekering mag niet ontaarden in een weddingschap of spel,

zij moet blijven steunen op de zuivere onvervalschte indemniteit, al is het dat men door de leer van het belang, het belang van het verkeer zoo onmiskenbaar uit het oog verliest (1).

Zien wij thans hoe die onbillijke beginselen in de moderne wetboeken met treffende overeenstemming zijn toegepast.

Onze wetgever voorziet in art. 274 en 275 twee gevallen (2), waarvan het in 275 genoemde eigenlijk dient vooraf te gaan. Is namelijk »het verzekerde voorwerp vooraf gewaardeerd door »deskundigen bij partijen daartoe bestemd (3) en, desgevorderd, »door den rechter beeedigd," dan kan de verzekeraar tegen die taxatie alleen opkomen wegens bedrog (4). Is dit echter niet geschied, dan mag »de rechter aan den verzekerde de nadere recht»vaardiging der uitgedrukte waarde opleggen, voor zooverre door den »verzekeraar redenen worden aangevoerd, waaruit gegrond vermoe»den wegens het bovenmatige dier opgave geboren wordt. De verze»keraar heeft in allen gevalle het vermogen om de bovenmatigheid der

---

1) Bluntschli l. c. p. 128 vereenigt zich met dit stelsel: »Würde sich ans später »bekannt gewordenen Ursachen ergeben, dass der Schaden nicht so gross war als »vorausgesetzt worden, so befordert es die Aequitas (!) dass der Versicherte, inso»weit er dadurch zum Nachtheil des Versicherers bereichert würde, diesem den »Ueberschuss erstätte." Pöhls daarentegen wil zeer consequent ook den verzekerde het recht toekennen, om aan te toonen dat de begrooting te laag was. »Im allgemei»nen, zegt hij (l. c. D. II p. 222), ist zwar der Versicherte an die einmal ange»nommene Taxe gebunden; allein es wäre ungerecht wenn man ihm, wo er aus »Irrthum den Werth des versicherten Gegenstandes zu niedrig taxirte das Recht sei»nen Irrthum zu verbessern abschneiden wollte." Treffend en als voor deze gelegenheid gemaakt zijn de woorden van Rudhart (p. 78): »Deutlich ist es dem»nach, dass wenn der eine Theil den Vertrag erfüllt hat, die »Leistung des andern Pflicht und deren Ueberlassung offenbare »Verletzung fremder Rechte sei."

2) Art. 273 spreekt van de open polis.

3) In art. 30 Wet van 26 December 1835 staat: benoemd.

4) De laatste zin van het artikel slaat op art. 619.

uitgedrukte waarde te bewijzen". Men ziet dus welk een onzeker verzekeringscontract door den verzekerde wordt aangegaan. Hij staat aan allerlei gevaren bloot, hetzij de verzekeraar den rechter weet te bewegen hem het nader bewijs der waarde op te leggen, hetzij de verzekeraar er zelf toe overgaat om te bestrijden een taxatie, die hij met zijn vrijen wil, niet door bedrog of geweld in het leven geroepen, eenige maanden vroeger als juist erkende.

Hetzelfde zal ook in het fransche recht moeten gelden. Uitdrukkelijk vinden wij deze bepalingen niet vermeld, maar zij schijnen te volgen uit art. 357 en vooral uit art. 358 C. d. c., dat aldus luidt: »S'il n'y a ni dol ni fraude le contrat est valable »jusqu' à concurrence de la valeur des effets char»gés, d'après l'estimation qui en est faite ou convenue". De taxatie geldt dus niet onvoorwaardelijk, maar alleen tot de waarde der geladen goederen. Reeds de ordonnance de la Marine had dit stelsel gehuldigd en in art. 8 bepaald: »si l'assurance est »faite sur le corps et quille des vaisseaux, ses agrès — l'esti»mation en sera faite par le police, sauf à l'assureur en cas de »fraude à faire procéder à une nouvelle estimation" (1). Is nu de verzekerde mala fide, d. i. wist hij op het oogenblik van het sluiten van het contract dat de taxatie de waarde der lading overtrof, dan is de geheele verzekering ten zijnen nadeele nietig. Was hij bona fide, dan heeft er reductie plaats. Emérigon (2) verklaart zich tegen dit beginsel op den verstandigen grond, dat de verzekeraar het zich zelf wijten moet, zoo hij dwaas genoeg was den verzekerde te vertrouwen en hij dus de schade zijner lichtzinnigheid moet lijden (3).

---

1) Vgl. Pothier, l. c. no. 156 en 157. Dit is een uitvloeisel van art. 22 ord.: »Défendons de faire assurer ou réassurer des effets au delà de leur valeur."

2) l. c. I. p. 277.

3) Men verwarre art. 336 C. d. c. niet met art. 274 en 275. Gelijk Holtius (l. c. III p. 44) opmerkt voorziet art. 336 het geval, dat de assuradeur dadelijk

Het Pr. Lr. had in § 2170 den verzekeraar het recht toegekend de taxatie te doen verminderen, zoo hij bewees dat zij de verzekeringssom met 10% overtrof. Bij het samenstellen van art. 797 A. D. H. nam men dezen maatstaf evenmin over, als de voorgestelde verandering van het woord »wesentlich" in »übermässig," die bij de eerste lezing de goedkeuring der meerderheid had weggedragen. Bewijst alzoo de verzekeraar, dat de taxatie hooger is dan de werkelijke waarde, dan wordt zij tot dit bedrag verminderd (1).

Het Engelsche en Amerikaansche recht ademt een veel vrijzinniger geest. Het erkent de taxatie in de polis onvoorwaardelijk, mits zij niet zeer bovenmatig (enormous, out of all proportion) of bedrog in het spel zij. Hoe ruim echter dat bovenmatig of buiten alle verhouding in de rechtspraak wordt opgevat, leert ons menig voorbeeld waarvan wij twee uitkiezen. Een schip ter waarde van 8000 £ St. was voor 10000 £ St. verzekerd; niet alleen werd de overeenkomst volkomen erkend, maar Justice Cushing aarzelde niet er bij te voegen: »if it appeared that the actual »worth were no more than 3000 £ St., I would not necessarily »avoid the contract nor restrict the damages to that amount." Zoo kwam in een vonnis van het hof van Massasuchets de overweging voor: »the parties agree that fright shall be valued at »the sum which eventually proves to be three times the »value of the carriage of the goods." Nu zou men wellicht denken, dat na die bekentenis der partijen de geheele overeen-

na het teekenen der polis vermoeden krijgt van de te hooge waardeering en nog vóór het plaats grijpen van het ongeval deze bestrijdt, om zich het bewijs, dat wellicht later moeilijker zal zijn, thans gemakkelijk te maken.

1) A. D. H. art. 797 al 2: »Der Versicherer ist jedoch befugt, eine Herabsetzung der Taxe zu fordern, wenn er beweist dass dieselbe wesentlich übersetzt sei." Het overige gedeelte van dit artikel is, wat dit onderwerp betreft, voor ons zonder belang.

komst werd nietig verklaard; »but we do not perceive" zegt de praktische rechter, »that the estimation was unfairly made. And »it was adjudged that the underwriter should pay a loss accor»ding to the valuation" (1).

Nog één stap verder wenschen wij te gaan en, zooals wij reeds zeiden, de taxatie in de polis onvoorwaardelijk te zien erkend, uitgezonderd in geval van bedrog. Wij wenschen het onbillijke voorrecht, den verzekeraar toegekend, zoo spoedig mogelijk, uit de wetgeving te zien verdwijnen. Wij wenschen de verzekering te maken tot wat zij in waarheid zijn moet, een overeenkomst die, steunende op eerlijkheid en goede trouw, den verzekerde niet blootstelt aan het gevaar van langgerekte processen en eeuwigdurende chicanes. Dat zou zij geweest zijn, zoo de wetgever er goed over had nagedacht, hoe de gevolgen van het door hem aangenomen stelsel zijn eigen theorie omverwerpen. Thans immers wordt de verzekeraar onrechtmatig verrijkt met dat deel der premie, waarvoor hij geen gevaar heeft geloopen. En men denke niet, gelijk Endemann zeer te recht opmerkt (2), dat partijen met een taxatie in de polis, zelfs als deze niet gewijzigd kan worden, een wedverzekering beoogen. Verre van daar; de taxatie bevordert een spoedige en gemakkelijke afdoening van zaken, en heeft het voordeel dat beide partijen volkomen zeker zijn, de een hoeveel hij ontvangen, de ander hoeveel hij betalen zal. »Warum soll nicht der Wille des Ver»sicherten seinen Absicht erreichen dürfen," vraagt de zoo even genoemde schrijver, vooral als de verzekeraar, door de taxatie in de polis op te nemen, getoond heeft deze in allen deele goed te

1) Vgl. wat het Engelsche en Amerikaansche recht betreft: Pöhls, l. c. II p. 273; Benecke l. c. p. 855; Phillips, l. c. II p. 2 env; Parson, treatise, p. 70; Kent, l. c. p. 273; Arnould, l. c. p. 292.

2) Goldschmidt's Zeitschrift, IX p. 541 env.

keuren? Doch zoo al deze gronden, steunende op de billijkheid en het belang van het verkeer den wetgever niet zouden kunnen bewegen van zijn stelsel af te zien, zoo bedenke hij ten minste, dat zijn verbod dagelijks wordt ontdoken, dat er met zijne voorschriften wordt gespot, dat in één woord de police d'honneur reeds lang zijne belemmerende bepalingen heeft vervangen.

---

§ 6.

De levensverzekering.

De overeenkomst van levensverzekering is de zoodanige, waarbij iemand zich tegen genot eener premie jegens een bepaald persoon verbindt, hetzij aan derden, hetzij aan hem zelf de schade te vergoeden, die aan hun of zijn op geld waardeerbaar belang door zijn dood of dien van een ander wordt toegebracht (1).

Het meest komt deze definitie overeen met die van Staudinger (2). Ik heb echter getracht haar van onnoodige versierselen te ontdoen en tegelijk volledig te blijven. Ik geloof dan ook dat alle soorten

---

1) Art. 302 W. v. K. „Het leven van iemand kan ten behoeve van eenen daarbij „belanghebbende verzekerd worden, gedurende den tijd bij de overeenkomst, op „straffe van nietigheid te bepalen."

Art. 303: „De belanghebbende kan de verzekering sluiten, zelfs buiten kennis „of toestemming van dengenen, wiens leven wordt verzekerd."

Vgl. § 1968 Pr. Lr. Onze definitie munt niet uit door sierlijke zinbouw. Iedereen echter die de moeilijkheden kent aan het geven eener bepaling gepaard, zal ons gaarne verontschuldigen.

2) Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrage, p. 21: „Die Lebensversicherung „ist ein Vertrag, wodurch sich Jemand urkundlich verpflichtet, gegen eine gewisse „Vergeltung für den Fall des innerhalb eines gewissen Zeitraums oder überhaupt „eintretenden Todes, einem oder mehreren Personen zur Deckung dadurch gestörter „materieller Interessen eine im voraus bestimmte Geldsumme zu bezahlen."

van levensverzekering in onze bepaling begrepen zijn, zoowel die waarbij iemand zijn eigen leven verzekert ten behoeve van een ander, als die waarbij iemand het leven van een ander verzekert ten behoeve van zich zelf. Nu mag het waar zijn, dat dikwijls aan het begrip een wijdere beteekenis wordt gehecht en men daaronder b. v. ook wel eens verstaat de verzekering tegen onbekwaamheid om te arbeiden (Erwerbunfähigkeit), tot de eigenlijke levensverzekering kan die uitbreiding onmogelijk worden gebracht, omdat deze, gelijk haar naam reeds aanduidt, den verzekeraar slechts tot praestatien na den dood van zijne wederpartij of van een derde verplicht. Daarom kunnen wij ons niet met de definitie van Malss vereenigen (1), en brengen wij, gelijk wij in een vorige afdeeling hebben ontwikkeld, de overeenkomst van lijfrente niet zooals hij tot de levensverzekering. Een bepaling die door denzelfden schrijver wordt afgekeurd als de vrucht eener oppervlakkige beschouwing, zal de aanhangers van ons stelsel veel meer bevredigen (2).

De levensverzekering is een gewrocht van den lateren tijd, ten minste in den vorm waarin zij thans voorkomt. Wel treffen wij reeds in de middeleeuwen weddingschappen op het leven van pausen, koningen en andere hooggeplaatste personen aan (3), maar steeds missen wij daar een van de essentialia der verzekering, het belang. Trouwens het canonieke recht kon, onafhankelijk van het woekerdogma, deze overeenkomst niet met welwillendheid

1) l. c. p. 28: Die Lebensversicherung ist derjenige Versicherungsvertrag, wel„cher den Ersatz eines solchen Nachtheils zum Zweeke hat, der durch das gänz„liche over theilweise Aufhören der Lebensthätigkeit oder dadurch veranlasst wird, „dass der Tod eines Menschen abweichend von seiner wahrscheinlichen Lebensdauer „eintritt."

2) l. c. p. 25: „Derjenige Versicherungsvertrag, welcher den Ersatz eines solchen „Nachtheils zum Zwecke hat, der durch das gänzliche (oder theilweise) Aufhören „der Lebensthätigkeit eines Menschen veranlasst werden kann."

3) Vooral in Italie te Genua, Napels, Florence enz. Vgl. Pöhls, l. c. p. 73.

beschouwen. »Liberum corpus aestimationem non recipit," had eens een romeinsch jurist gezegd; de mensch kan niet zijn het voorwerp eener overeenkomst, herhaalden in koor de latere schrijvers en wetgevers, die het wezen der levensverzekering miskenden. Zoo weten wij dat de Guidon de la mer (ch. XVI, art. 4) haar verbood, op grond dat zij aanleiding zou geven tot vele en schromelijke misbruiken. Hetzelfde deed ook later de ordonnance de la marine (art. 10) en evenzeer gold het verbod in het oud-Hollandsch recht (1). Sedert de 18de eeuw (1705 of 1706) echter begon zij zich in Engeland sporadisch te vertoonen, en heeft zij eindelijk in onzen tijd, nu de snelle middelen van vervoer en het internationaal karakter van den handel de gevaren hebben vermeerderd, een hoogen trap van ontwikkeling bereikt.

Men verwijte ons niet, dat wij hier een zeer onvolledige schets hebben gegeven van de opkomst en den bloei der levensverzekering. Het was ons doel niet hare geschiedenis te schetsen. Wij wilden er alleen op wijzen, hoe dezelfde bedenkingen die men voor eeuwen tegen haar aanvoerde, ook thans nog een grooten invloed op haar regeling uitoefenen. Met dit doel hebben wij eenige punten aangestipt en gaan wij thans over tot de beschouwing der argumenten, waarop men tot bijna in onzen tijd tegen deze overeenkomst ijverde en der gronden waarom wij haar volkomen erkenning wenschelijk achten.

Hare bestrijders dan plegen voornamelijk twee bedenkingen te opperen; zij beweren ten eerste dat het leven van den mensch voor geene waardeering vatbaar en een levensverzekering derhalve slechts een weddingschap zou zijn. »Les assu»rances sur la vie des hommes, zegt Emérigon (2), ne sont

1) De Groot, B. III, D. 24, § 4: »Men mag alles doen verzekeren, uitgenomen 's menschen leven."

2) l. c. p. 200.

»pas des assurances proprement dites, ce sont de véritables ga»geures; la vie de l'homme n'est pas un objet de commerce et »il est odieux que sa mort devienne la matière d'une spéculation »odieuse." In gelijken zin laat zich Pothier uit, die, na art. 10 der ordonnance te hebben aangehaald, daarbij voegt: »la raison »est qu'il est contre la bienséance et l'honnêteté publique de »mettre à prix la vie des hommes." Voeg hierbij de woorden van Merlin (1): »la liberté est estimable à prix d'argent, la vie »de l'homme ne l'est pas," en het stelsel onzer tegenstanders ligt voor ons in al zijn oppervlakkigheid en inconsequentie.

Oppervlakkig noemen wij het stelsel, omdat zijne aanhangers niet dieper doordringen in het wezen der verzekering. Evenmin immers als bij de zeeverzekering schip of lading, is bij de levensverzekering het leven van den mensch voorwerp der overeenkomst. Wij wezen er reeds herhaaldelijk op, dat zij die dit beweren, zich aan een schromelijke verwarring schuldig maken. Voorwerp der verzekering is steeds het op geld waardeerbaar belang, dat iemand heeft bij het behouden blijven van een bepaald voorwerp. Zoo heeft hij, die verwacht wordende winst verzekert, een verzekerbaar belang bij het behouden blijven der lading, en hij die de vracht verzekert bij de goede aankomst van het schip. Het is te betreuren, dat onze taal te arm is, om door verschillende termen het eigenlijke voorwerp der verzekering, het verzekerbaar belang, en de lichamelijke zaak waaraan zich dat belang vastknoopt, van elkander te onderscheiden (2). Want ook bij de levensverzekering gaf het gemis van een juiste uitdrukking tot bovengenoemde dwaling aanleiding. Niet het l e v e n van den mensch wordt verzekerd, maar het g e l d e l ij k b e l a n g dat de een heeft bij

1) Répertoire, s. v. police et contrat d'assurance.

2) Onze Duitsche naburen spreken wel eens van O b j e k t en G e g e n s t a n d.

des anders leven. Er bestaat hier, zegt Troplong zeer juist (1), » un »risque sérieux, un dommage réel à craindre, une indemnité à pré- »voir." En nog beter drukt Bluntschli zich uit (2): »Durch solche »Versicherung wird die Persönlichkeit des Menschen in keiner »Weise verkannt, noch herabgewürdigt, sondern nur die ver- »mögensrechtliche Kraft in ihm durch freiem Vertrag vermögens- »rechtlich gewährleistet, d. h. wenn sie untergeht durch die »Assecuranzsumme möglichst ersetzt." Dit is het standpunt waarop wij ons moeten plaatsen, zelfs wanneer wij het stelsel der indemniteitsleer in allen deele zouden billijken. 's Menschen leven is niet voor waardeering vatbaar, maar wel de geldelijke nadeelen die zijn dood kan ten gevolge hebben. Nu moge het onmogelijk zijn, deze met mathematische zekerheid tot in een breuk te kunnen berekenen, dit geeft nog geen recht om van een bloote speculatie, van een weddingschap te spreken, waar werkelijk een geldelijk belang aan gevaar is blootgesteld. Welnu, is dit niet steeds het geval, zoo ik vrees door den dood van mijnen schuldenaar niet ten volle te zullen worden betaald, zoo ik door den dood van iemand die mij onderhoud verschafte, verstoken zal zijn van middelen van bestaan, zoo ik eindelijk de angst koester, dat ik mijn vrouw en kinderen, die van de opbrengst van mijn arbeid leven, onverzorgd in armoede zal moeten achterlaten?

Nog een andere bedenking voert men tegen de levensverzekering aan, zij zou nl. contra bonos mores zijn, zij zou den verzekerde (3)

---

1) Contrats aléatoires, pari, no. 157.

2) l. c. p. 24.

3) Op het voorbeeld van Malss noemen wij de drie personen die in het contract van levensverzekering voorkomen: verzekeraar, verzekeringsnemer, d. i. hij die ten behoeve van een onder zijn eigen leven of dat van een derde verzekert die aan het contract geheel vreemd is, en verzekerde, d. i. hij ten wiens be-

aanleiding geven, om naar den dood van zijn medemensch te verlangen (ne occasio detur mortis optandae) (1), ja zelfs om hem van het leven te berooven. Men beroept zich dan op het voorbeeld van Pic de la Mirandolle, die om een dergelijke reden werd gedood. Ziedaar weer hetzelfde verschijnsel waarop wij reeds vroeger de aandacht hebben gevestigd, nl. dat men wegens misbruiken, wier mogelijkheid wij gereedelijk toegeven, een overeenkomst wil beperken of uitsluiten, alzoo weder verwarring tusschen de taak van de strafwet en die van den burgerlijken wetgever. De eene moet tegen misdaden waken, zij moet alle schadelijke gevolgen met kracht onderdrukken, haar arm moet den schuldige treffen, doch geheel verschillend is de taak van de burgerlijke wet. Zij heeft alleen te onderzoeken in hoeverre een overeenkomst op zich zelf, door haren vorm en inhoud, zondigt tegen de openbare orde of goede zeden; zoo niet, het is haar plicht ze in haar contractenkader op te nemen en volkomen te erkennen.

Vooral de laatste bedenking was in de middeleeuwen overwegend, terwijl die van het gemis van een op geld waardeerbaar belang, meer een uitvloeisel is van de moderne begrippen omtrent spel en weddingschap. Immers, wij merkten reeds vroeger op en verwezen naar de voortreffelijke verhandeling van Endemann, dat de woekerleer uit den aard der zaak niet ongunstig tegen spel en weddingschap (dus ook niet tegen wedverzekering) kon gezind zijn, omdat zij begreep dat, zoo zij haar standpunt wilde

hoeve een anders leven verzekerd wordt. Dikwijls smelten de twee laatsten ineen, b. v. wanneer A het leven van zijn schuldenaar B verzekert, B is dan geheel vreemd aan het contract, en A tegelijkertijd verzekerde en verzekeringsnemer.

1) Van daar in de polissen de formule: Deus ipsi conservet vitam longaevam. Ook § 1793 en 1794 Pr. Lr. zijn een uitvloeisel dezer bedenking; zij die iemands leven willen verzekeren wien zij niet na in den bloede bestaan, hebben daartoe diens toestemming noodig, op straffe dat de verzekeringssom aan de armen zal worden uitgekeerd. Zie daarentegen bij ons art. 303 W. v. K.

handhaven, op welke wijze dan ook, moest worden te gemoet gekomen aan de onbedwingbare speculatiezucht der menigte. Toen nu haar invloed allengs verminderde en de gelegenheid werd geopend op allerlei wijze kapitaal productief te maken, werd hare lankmoedigheid overbodig en verzette zij zich, om de zedelijkheid gedeeltelijk nog te redden, tegen de toelating van spel en weddingschap in haar bekrompen contractensysteem. Thans moest ook de verzekering het misgelden, en niet het minst de levensverzekering, thans trad de regel op den voorgrond: het leven van den mensch is geen op geld waardeerbaar belang, alsof het niet veeleer gold de geldelijke voordeelen aan dat leven verbonden. Vooral de fransche schrijvers gaven, zoo als wij uit eenige voorbeelden deden zien, aan hun verontwaardiging lucht. Toch deinsden zij voor een consequente toepassing terug. »La liberté est estimable à prix d'argent." Waarom? »La »raison de cette disposition", zegt Pothier (1), »est que c'est »plutôt le rachat qui est assuré en ce cas que la personne." Volkomen juist, maar men passe hetzelfde op de levensverzekering toe en men zal hetzelfde resultaat verkrijgen. Wat bij de verzekering der vrijheid, le rachat genoemd wordt, is niets anders als het geldelijk nadeel dat iemand bij het verlies der vrijheid lijden zal, evenals bij de levensverzekering de verzekeringssom uitdrukt het bedrag der geldelijke schade, die ons door den dood van een ander treffen kan. De gevallen staan volkomen gelijk.

Dit wat betreft de bedenkingen door alle tijden heen tegen de levensverzekering aangevoerd, en die, zooals wij zagen, alweder voortspruiten uit de vrees voor gemakkelijke ontaarding in spel en weddingschap door de moeilijkheid, om in elk voorkomend geval een verzekerbaar belang te ontdekken en het

1) l. c. no. 27.

geldelijk bedrag te berekenen. Gaan wij thans over tot de beschouwing harer aleatorische natuur, d. i. den invloed die van een juridisch standpunt de onzekerheid, van een economisch standpunt de leer van het belang en van hare onmiddellijke gevolgen uitoefent.

Endemann trekt, gelijk bij alle andere verzekeringen, het bestaan van de aleatorische natuur der levensverzekering in twijfel. Niet alsof hij de meening is toegedaan, dat hier van geen eigenlijk incertum sprake kan zijn, omdat de dood is een zekere gebeurtenis (1). Ook hij is blijkbaar van oordeel, dat een certum an incertum quando, m. a. w. een betrekkelijke onzekerheid, aan de overeenkomst haar kansnatuur verleenen kan. Maar hij ontkent alle onzekerheid. Zoo eenige verzekering, dit is zijne redeneering,(2) dan steunt de levensverzekering op rationeele berekening. Betere statistieke bescheiden, dan die wij thans bezitten zijn nauwelijks te leveren, sterftetafelen zijn met zorg en vlijt bijeengegaard, en men mag met grond beweren, dat de middelbare levensduur van den mensch met juiste en bijkans niet falende cijfers kan worden aangewezen. Wij beamen dit volkomen en zullen de laatsten zijn om te ontkennen, dat de levensverzekering in onzen tijd niet meer is een insoliede speculatie. »Und dennoch, kaum glaublich aber wahr, behandelt »die juristische Doktrin das einzelne Assecuranzgeschäft ohne »alle Rücksicht auf den Gesammtbetrieb" (3). En toch aan diezelfde door hem afgekeurde methode meenen wij te moeten blijven

1) Dit is het stelsel van onzen wetgever, die daarom eischt, dat de tijd der verzekering bij de overeenkomst moet worden bepaald [art. 302]. Alsof daarmede werkelijk iets gewonnen ware en het partijen niet vrijstond elkanders leven voor 100 of 200 jaar te verzekeren.

2) Goldschmidt's Zeitschrift, X p. 274 env. Handelsrecht, p. 851 noot 5.

3) l. c. p. 275.

vasthouden. Wat immers in den wetgever te laken is, die vooral op het praktische leven letten moet, is den jurist geoorloofd die het wezen en de natuur der overeenkomst nauwkeurig moet bepalen. Zijn taak is te letten op ieder contract in het bijzonder, en zoo wij dit in het oog houden, dan zien wij dat ook bij de levensverzekering onzekerheid bestaat, ja zelfs dat die onzekerheid de eenige grond is waarom partijen de overeenkomst aangaan. Zeer juist is dit door Reuling (1) uitgedrukt, wanneer hij zegt dat de verzekerde zich verbindt wegens: »die Ungewissheit, wie das »Sterblichkeitsgesetz dass als solches für die Vielheit feststeht, die »Einzelnen trifft."

De levensverzekering is dus een kansovereenkomst, uit een juridisch oogpunt, omdat partijen haar aangaan met het oog op een betrekkelijk onzekere gebeurtenis, uit een economisch, omdat de vrees voor spel en weddingschap, hetzij gelijk voorheen door een absoluut verbod, hetzij gelijk thans door sommige beperkende bepalingen een grooten invloed uitoefent. Een natuurlijk gevolg van dat beginsel is, dat ook hier weder het belang van den verzekerde een hoofdrol speelt. Van daar het woord belanghebbende in art. 302 W. v. K. (2)

1) Goldschmidt's Zeitschrift D. XV p. 62.

2) Ook in Engeland is dit belang een hoofdvereischte, krachtens stat. 14 Geo. II c. 48. Men past dit echter niet streng toe. Zoo zegt b. v. Parson [Law of contracts, p. 419]: »In that country the law is now well settled that the contract »of life insurance is not a contract of indemnity and that, although the insured »must have an interest at the time the insurance is effected in order to comply »with the statute, yet there is no necessity of his interest continuing and where »a creditor insures the life of his debtor, he may recover the »amount insured, although the debt is paid." Dat dit niet altijd gold, blijkt uit het bekende voorbeeld van den koetsier aan wien Pitt geld schuldig was en die een verzekering op diens leven nam. Toen het parlement de schulden van den staatsman betaalde en de koetsier niettemin de verzekeringssom eischte, werd hij afgewezen. In Amerika wordt in de polis een clausule opgenomen, waarbij de verzekerde belooft dat hij, zoo de schuld betaald wordt, die som aan den verzekeraar zal afstaan.

Wij zullen in de laatste paragraaf dezer afdeeling trachten te bewijzen, dat de leer die steeds het belang van den verzekerde als onmisbaar vereischte op den voorgrond stelt, niet kan worden overeengebracht met het karakter dat ons hedendaagsch verkeer kenmerkt. Zoo dit bij eenige verzekering het geval is, moet het in hooge mate gelden van de levensverzekering, waar de wetgever dadelijk zijn onmacht om consequent te blijven zelf erkent. Waarom vordert hij belang? Opdat de verzekering blijve een indemniteitscontract. Daarom waakt hij tegen dubbele verzekering, daarom aarzelde hij lang en ging ten slotte slechts schoorvoetend er toe over, om die van vracht en verwacht wordende winst te veroorlooven. Doch spoedig moest hij inzien, dat het althans hier onmogelijk was de verzekeringssom tot een maximum te beperken, dat het nadeel dat iemand door den dood van een ander lijden kon niet altijd voor juiste waardeering vatbaar was (1). Daarom »liet hij de begrooting van de som »en de bepaling der voorwaarden aan het goedvinden der par»tijen over" (art. 306 W. v. K.). Maar waar blijft nu de zuivere indemniteitsleer? en mogen wij ons niet verbazen over een wetgever die, nadat hij zelf erkennen moest: het belang is niet af te meten, noch aan een bepaald quantum te binden, niet een schrede verder ging en consequent òf alle levensverzekeringen verbood òf wel ze toeliet, ook dan als het interest niet voldoende kon worden bewezen (2)? Ook zonder dit belang, en dit is bij alle verzekeringen het geval, wordt de gelijkheid van kans tusschen verzekeraar en verzekerde niet verbroken. De eerste vraagt

1) »Ein Sohn der die einzige Stütze seiner alten, vermögenslosen Eltern ist, »kann sein Leben nicht zu hoch veranschlagen und seine Fähigkeit die Prämie zu »erschwingen, ist die einzige Schranke die'er sich zu setzen hat." Malss, l. c. p. 19.

2) Vgl. Endemann, l. c. p. 285.

slechts wiens leven hij moet verzekeren; hij vraagt naar gezondheid, ouderdom, levenswijze, in één woord naar alle omstandigheden die op het bedrag der premie invloed kunnen uitoefenen. De verzekerde op zijn beurt vraagt alleen naar de soliditeit des verzekeraars. Beiden zullen derhalve door het ontbreken van een belang niet in een slechteren toestand worden gebracht. Maar de zedelijkheid zou kunnen worden beleedigd! Denkt gij dan, vraagt Endemann terecht, dat men alleen langs den weg der assurantie, die zooveel formaliteiten vereischt en waarbij zooveel vooorafgaand onderzoek noodig is, zijne speelneigingen zal bevredigen? Honderde andere middelen staan daartoe dagelijks ten dienste, en langs den rechten weg zal men ligt komen tot datgene, wat men, door het nemen eener verzekering op het leven van iemand die ons geheel vreemd is, slechts door een omweg zal kunnen bereiken.

Men heeft beweerd, dat deze bezwaren tegen den wetgever, die bewijs van het interest vordert en toch het stelsel van schadeloosstelling niet vermag toe te passen, alleen dan gegrond zijn als zich, gelijk Malss het uitdrukt, »eine wirkliche Differenz »des versicherten Interesses zur Versicherungssumme nicht nach»weisen lässt". Heeft iemand b. v. het leven van zijn debiteur, die hem 1000 g. schuldig was, voor 1200 g. doen verzekeren, dan zou de verzekeringssom tot het werkelijk bedrag moeten worden teruggebracht. Ik kan mij begrijpen, dat de aanhangers der indemniteitsleer het opnemen eener dergelijke bepaling in de wetboeken wenschelijk achten, maar hoe men er toe komen kan te beweren, dat daar waar de wet uitdrukkelijk het tegendeel vaststelt, een dergelijke bepaling toch van kracht zal zijn, is mij niet recht duidelijk. En toch doen dit, in weerwil van art.

1) l. c. p. 59.

305 W. v. K., Holtius en v. d. Loeff (1). Zij redeneeren aldus: art. 305 is een uitzondering op den regel, dat de verzekeringssom de werkelijk geleden schade niet mag overtreffen; elke uitzondering nu is strictae interpretationis, derhalve moet, telkens als die schade te waardeeren is, de regel weder zijn plaats hernemen. Ik heb tegen dit beweren twee bedenkingen (2). De eerste is, dat zij strijdt tegen de wet. Hoe kan er sprake zijn van interpretatie, waar de woorden zoo duidelijk sprekende op alle levensverzekeringen, geene uitgezonderd, het artikel toepasselijk verklaren? Doch bovendien gaat het niet aan, het door onzen wetgever gehuldigde stelsel een ongerijmdheid te noemen. Integendeel, wanneer men in de natuur der levensverzekering eenigszins dieper doordringt, zal men ontwaren, dat art. 305 volgens gezonde begrippen ook dan behoort te worden toegepast, wanneer de geldelijke waarde inderdaad kan worden gewaardeerd (3). Immers tusschen de verzekering van het leven en die van een schip, een lading, een huis of de oogst bestaat een aanmerkelijk verschil. Bij de eene is het onzeker of ooit de verzekeringssom zal worden uitbetaald en is de gebeurtenis waartegen verzekerd wordt een incertum an; de premie is dan ook niets anders als de prijs voor de overname van het gevaar. Niet alzoo bij de levensverzekering; daar bepaalt zich de onzekerheid slechts tot het quantum; de dood van hem wiens leven verzekerd is moet vroeg of laat volgen. Van daar, dat de premie hier uit twee factoren is samengesteld; zij is ten eerste het periculi pretium, maar ten tweede

1) l. c. p. 390; l. c. p. 139.

2) Hetzij met al den eerbied gezegd, die men aan de verdiensten van wijlen den uitstekenden Holtius verschuldigd is.

3) Wanneer men let op de onbelangrijke discussien over art. 305 W. v. K. gevoerd (Voorduin, IX, 2, p. 285), dan moet men tot het resultaat komen, dat de wetgever als bij intuitie het goede beginsel huldigde.

is zij in zekeren zin de inleg in een spaarbank, waarvan de verzekeraar beheerder is (1). Het eenige verschil tusschen den inleg in een gewone spaarbank en de levensverzekering is dit, dat bij de laatste niet beoogd wordt terugvordering van de som der stortingen vermeerderd met de renten, maar een vaste som (2). Van daar de voorzichtige wijze waarop men bij het aangaan dezer overeenkomst te werk gaat, van daar de vragen naar beroep, ouderdom, gewoonten en een tal van andere omstandigheden (3). Naar mate van het antwoord daarop moet het bedrag der premie worden berekend, die hier veel grooter is dan bij de overige verzekeringen en reeds daardoor haar dubbel karakter verraadt. Uit den inleg nu van dat gedeelte der premie dat niet is het equivalent voor de overname van het gevaar, wordt van zelf voor den verzekerde belang geboren, een belang onafhankelijk van het interest dat men bij het sluiten van het contract had en dat in den loop der verzekering kan verdwenen zijn. Stellen wij ons nog eens het voorbeeld van Pitt's koetsier voor oogen. Pitt was hem b. v. 10 £ St. schuldig en nu neemt hij op het leven van den staatsman, die zijn vaderland meer bevoordeelde dan zich zelf, een verzekering. De schulden van Pitt worden na zijn dood door het parlement betaald en de rechter wijst den koetsier af, die de verzekeringssom

---

1) „Der Versicherungsnehmer is hier ein wahrer Sparkasseneinleger, der Versicherer ist der Sparkassenverwalter, der das Kapital sehr verschieden von einem „sonstigen Versicherer unter allen Umständen bezahlen muss." Malss, l. c. p. 61.

2) Endemann, l. c. p. 291.

3) Vgl. o. a. bij Malss de polis van de maatschappij Providentia te Frankfort. Juist omdat de levensverzekering steunt op rationeele berekening is art. 307 (§ 1969 Pr. Lr.) in ons W. v. K. opgenomen. Hij die zijn eigen leven laat verzekeren en aan vlagen van melancholie lijdt zou het in zijn macht hebben den verzekeraar door zich van het leven te berooven, te nopen tot uitbetaling der verzekeringssom en op die wijze elke gelijkheid tusschen deze en de premie verbreken. De kwestie in hoeverre het duel en andere omstandigheden hetzelfde gevolg moeten te weeg brengen ligt buiten ons bestek. (Pr. Lr. § 2152, ook bij ons in vele polissen opgenomen.)

komt vorderen. Intusschen heeft de arme man gedurende een geruimen tijd jaarlijks premien betaald, wier som de geheele schuld verre overtreft. Pleegt men op die wijze geen onbillijkheid? En men bewere niet dat ditzelfde zich bij elke verzekering kan voordoen. Gewoonlijk toch is de premie zeer klein, omdat zij alleen is de periculi pretium en zal de som van een aantal jaarlijksche betalingen op verre na het quantum der verzekeringssom niet bereiken.

Volgt hieruit alzoo, dat de bepaling van art. 305 W. v. K. het uitvloeisel is van den aard der levensverzekering, dan blijkt tevens dat wij hier niet te doen hebben met iets wat »contra »rationem juris introductum est," en derhalve het »omnis ex»ceptio est strictae interpretationis" buiten toepassing blijft. Daarom gelooven wij ons betoog te mogen eindigen met de niet gewaagde stelling: zelfs van het standpunt van onzen wetgever behoort art. 305 W.v.K. op alle levensverzekeringen te worden toegepast.

Zoo het intusschen waar is, dat voor den verzekerde belang onstaat uit de betaling der premie of liever uit de betaling der jaarlijksche termijnen, dan is daardoor tevens de leer van het belang in den zin der wet veroordeeld. Men zal ons wellicht van inconsequentie betichten, en ons verwijten dat wij ons schuldig maken aan de fout die wij vroeger in Endemann hebben gegispt, nu wij den mensch beschouwen met het oog op zijn middelbaren levensduur, doch men bedenke, dat wij zoo even niet meer de juridische natuur der overeenkomst hebben onderzocht, maar ons veeleer geplaatst hebben op het standpunt der economie, waarvan ook de wetgever, toen hij als onmisbaar vereischte van elke, en dus ook van de levensverzekering, bewijs van het interest eischte, is uitgegaan.

Wij meenen derhalve te hebben aangetoond, dat de levens-

verzekering in menig opzicht hemelsbreed van de zoogenaamde zakenverzekering verschilt; de leer der indemniteit kan op haar niet worden toegepast, die van het interest in den zin des wetgevers is onbestaanbaar met gezonde economische begrippen. Daarom gelooven wij, waar zich zulke belangrijke verschilpunten aanbieden, uit het betoogde twee gevolgtrekkingen te mogen afleiden. Ten eerste hebben wij slechts schijnbaar (1) met een verzekering te doen en is de overeenkomst waarmede wij ons bezig hielden, veeleer een depositum door kans gewijzigd. Endemann noemt haar een betalingsbelofte, waarvan het equivalent onzeker is en bestaat in de som der termijnen gedurende het leven van een bepaald persoon uitgekeerd (2). Wij zouden ons gaarne met hem vereenigen, zoo wij het begrip van »Summenversprechen" niet als te uitgebreid, te weinig kenmerkend hielden. Onze kwalificatie is meer beperkt en geheel in overeenstemming met onze wet, die als essentiale van het depositum geenszins eischt dat dit om niet zij aangegaan (3).

Ten tweede volgt uit ons betoog, wat de toekomst der levensverzekering moet zijn. Men erkenne en bekrachtige haar gelijk zij zich reeds in het dagelijksch leven voordoet, en binde haar niet aan kluisters waaraan partijen zich wel is waar gemakkelijk ontworstelen, doch die in weerwil daarvan het verkeer belemmeren.

Die toekomst moet spoedig aanbreken, wanneer men leert inzien

---

1) Schijnbaar, d. i. evenzeer als b. v. bij de borgtocht; het doel is zich te waarborgen tegen een gevaar, doch de wijze waarop men dit doel bereikt kan zeer verschillend zijn.

2) l. c. p. 290. »Der Lebensversicherer macht ein Summenversprechen, oder »eine Sponsion."

3) B. W. art. 1733: »Eigentlijk gezegde bewaargeving wordt geacht om niet te »zijn aangegaan, zoo niet het tegendeel is bedongen."

wat Endemann (1) met zijn gewone kortheid aldus uitdrukt: »Die Assecuranz ist ein vollkommen rationelles reelles Geschäft, »und die Möglichkeit des Missbrauchs vermag höchstens zur »Anfechtung des einzelnen Vertrags bei welchem der Missbrauch »dargethan wird führen, nimmermehr aber rechtfertigen dass »das ganze System der Rechtsconstruction noch immer auf eine »verdächtige Natur eines Vertrags und angeblich auf sittliche Rück-»sichten gestellt wird, welche die Wirklichkeit verlacht."

---

§ 7.

Jus Constituendum.

Wat wij bij een eventueele herziening van het wetboek van koophandel wenschen, is na al het voorgaande niet moeilijk te gissen.

Wij wenschen een radikale verandering; de leer van het belang moet geheel verdwijnen van een gebied, waarop zij zich toch niet langer kan staande houden.

De bedenkingen, die voorheen tegen de verwezenlijking van onzen wensch werden ingebracht op grond van de woekerleer, hebben in onzen tijd haar kracht verloren. Wij staan op een ander economisch standpunt als onze voorouders. Wie zou er thans nog aan denken den regel: pecunia pecuniam parere non potest, tegen ons in te roepen?

Maar wilt gij dan, zal men wellicht met verontwaardiging vragen, nieuw voedsel geven aan verderfelijke speelzucht? Verre zij die gedachte van ons! Zoo werkelijk het middel kon

---

1) l. c. p. 312.

worden gevonden om die hartstocht, den oorsprong van zooveel ellende, met wortel en tak uit te roeien, wij zouden den scherpzinnigen uitvinder beschouwen als den grootsten weldoener der maatschappij. Doch wij hebben er reeds meer dan eens op gewezen, dat men even spoedig het perpetuum mobile of de quadratuur van den cirkel zou kunnen ontdekken. Wij hebben ons beroepen op een niet te wraken autoriteit, op de geschiedenis en op de ervaring van het dagelijksch leven. Hebben, vragen wij nogmaals, de talrijke verbodsbepalingen iets uitgericht en mag men alzoo niet met grond beweren, dat het keeren der speelwoede, door als essentiale der verzekering een op geld waardeerbaar belang van den verzekerde te vorderen, eeuwig tot de pia vota zal blijven behooren?

Trouwens, de opmerking die wij bij de levensverzekering hebben gemaakt, geldt van alle assurantie in het algemeen. Hun die zich aan groote kansen van winst of verlies willen blootstellen, staat daartoe in onzen tijd van actien-en effectenspeculatie een tal van middelen ten dienste. De politieke gebeurtenissen volgen elkander op met een snelheid onzer eeuw waardig en doen dikwijls den koers op één dag eenige percenten rijzen of dalen. De overeenkomst van koersverschil, waaraan wij een afzonderlijke afdeeling hebben gewijd, verschaft ook den kleinen kapitalist de gelegenheid zijn speelzucht te bevredigen. Zou men hem nu geen dwaas noemen, die speculeeren ging op de wisselvallige kans, dat een zeker schip of lading de bestemmingsplaats niet zou bereiken? men vergete toch niet dat in elk geval behouden aankomst regel, ondergang uitzondering is, en dat derhalve de verzekeraar in een veel gunstiger toestand verkeert dan de verzekeringsspeculant. Zoo deze daarentegen zijn geluk op de beurs beproeft, dan staan de kansen van winst en die van verlies volkomen gelijk, de koers zal rijzen of dalen. Voegt men daarbij,

dat een speculatie in staatspapieren meestal de vrucht is van politieke berekening, van den quasi combinatiegeest van den speculant, terwijl het toeval meer dan elders de lotgevallen eener zeereis beheerscht en wij gelooven met grond te mogen beweren, dat men de verzekering niet bij voorkeur zal gebruiken als het middel om zijn vermogen in één oogenblik aanmerkelijk te vermeerderen.

Men pleegt ten slotte, last not least, nog een anderen grond tegen een hervorming in onzen geest aan te voeren, waaraan door velen groot gewicht wordt gehecht. Indien men hem, zoo wordt dikwijls beweerd, die geen belang bij de behouden aankomst van schip of lading heeft, toestaat daarop verzekering te nemen, dan wordt daaruit voor hem een belang geboren in den ondergang van het verzekerde. Het zal zijn doel zijn om door alle mogelijke middelen, ook ongeoorloofde, de verzekeringssom machtig te worden en zijn speculatie zal de bron zijn van allerhande misdaden. Wij voor ons deelen die vrees niet of liever wij gelooven, dat de voorstelling onzer tegenstanders zeer overdreven mag genoemd worden. In elk geval toch zal steeds noodig zijn samenspanning met den schipper, dien men deelgenoot moet maken van zijn geheim opzet en die zeker niet gratis de plannen van den verzekeringsspeculant zal ondersteunen. Men bedenke bovendien, dat het in den grond boren van een schip in de open zee (1) met een tal van gevaren gepaard gaat en dat ieder schipper lang zal aarzelen, eer hij zich en zijn matrozen aan de hachelijke kans van een schipbreuk zal blootstellen. En niet alleen de schipper, maar ook de stuurman zal kennis moeten dragen van het voornemen en zijn hulp moeten leenen tot de uitvoering.

1) Men zal ons toegeven, dat in een rivier of aan de kust de kans van ontdekking te groot is.

Zal derhalve de speculant niet worden afgeschrikt door de vele kansen van ondekking of levert soms onze rechtspleging zoovele voorbeelden van schelmerij van den schipper op? Doch gesteld dat misbruiken van dien aard werkelijk het gevolg konden zijn van de theorie door ons voorgestaan, is het dan, vragen wij nog eens, de taak van den burgerlijken rechter om daartegen te waken? Of zou niet veeleer de strafwet in de éerste plaats geroepen zijn, om hem die zich aan dergelijke misdrijven schuldig maakt, voorbeeldeloos te straffen? Uit elke overeenkomst kunnen misbruiken ontstaan, uit koop bedrog, uit bewaargeving misbruik van vertrouwen, uit verzekering schelmerij van den schipper. Geeft dit den wetgever het recht, koop, bewaargeving of verzekering te verbieden of bovenmatig te beperken? Slechts dit geven wij gaarne toe, dat onze verouderde strafwet ook op dit punt herziening behoeft. Het in den grond boren van een vaartuig door schelmerij van den schipper, behoort als delictum sui generis streng te worden gestraft. De daartoe aangewende pogingen zijn voor korten tijd door verschillende omstandigheden in ons vaderland mislukt, maar een nieuwe strafwet is in het verschiet en zal, wij twijfelen er geenszins aan, ook in deze leemte weten te voorzien (1).

Hiermede meen ik de argumenten van hen die onze meening niet zijn toegedaan, genoegzaam te hebben wederlegd. Tot nog toe echter verkregen wij slechts negatieve resultaten; laat ons thans zien of wij niet op eenige voordeelen kunnen wijzen, zoo

1) Navolging verdient § 265 van het nieuwe strafwetboek van den N. Duitschen bond dat op 1 Januari jl. in werking is getreden: »Wer in betrügerischer Absicht »eine gegen Feuersgefahr versicherte Sache in Brand setzt, oder ein Schiff welches »als solches oder in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn versichert ist sinken »oder stranden macht, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit »Geldstrafe von fünfzig bis zu zwei tausend Thalern bestraft."

Onder het afdrukken van dit blad vernemen wij, dat door den minister een nieuw ontwerp over schelmerij des schippers is ingediend.

de verzekering, op een nieuwen leest geschoeid, ontdaan wordt van alle beperkingen, die uit de leer van het belang voortvloeien.

Wij hadden reeds meer dan eens gelegenheid op te merken, hoe op geen gebied van het recht partijen zich meer losmaken van de wet, zich op een onafhankelijker standpunt plaatsen dan bij de verzekering. Het renuntieeren aan de artikelen van het wetboek, het opnemen van clausules, waarbij afstand wordt gedaan van hetgeen bij de wet tot het wezen der overeenkomst wordt vereischt, is aan de orde van den dag. Uitdrukkingen als interest or no interest (Interesse oder nicht Interesse) kunnen in een tal van polissen worden gevonden. Beslissing door scheidsrechters, in elk geval toch een abnormale wijze van uitwijzing van geschillen, is in de plaats getreden der rechterlijke uitspraak. Ja zelfs een bepaalde soort van verzekering, wij bedoelen die op het behouden varen, heeft aan de moeilijkheid van het bewijs van belang haar ontstaan te danken (1). A b. v. is crediteur van B; hij weet dat een rijke lading van zijnen schuldenaar op weg is, en dat B door het verlies daarvan zijne betalingen zal moeten staken. Nu sluit hij een verzekeringscontract op het behouden varen van die lading (2). Het belang van A is hier natuurlijk niet waardeerbaar, partijen begrooten het dus in de polis en beloven betaling »van weerskanten zonder ristorno," d. i. de verzekerde betaalt in elk geval de premie, al is ook door den verzekeraar geen gevaar of minder gevaar geloopen dan hij dacht op het oogenblik van het aangaan der overeenkomst, terwijl de verzekeraar belooft steeds de verzekeringssom te zullen uitkeeren en nooit nadere rechtvaardiging

1) Vgl. Sieuwert van Reesema, de assecuratione salvae navigationis; Mees, proeve van verzekering op behouden varen; Pinto, W. v. K. p. 396 env.

2) Mees, l. c. p. 84.

van de taxatie te zullen vragen (1). De verzekeraar staat alleen in voor niet behouden aankomst (2). Hij doet afstand van al hetgeen in cas van schade mocht te recht komen of geborgen worden, »waarvan wij nimmer zullen profiteeren, maar dat uit»drukkelijk komt ten voordeele van den geassureerden alleen". (3). Karakteristiek zijn de laatste woorden van de polis: »En renun»tieerende wij wederzijdsch wel expresselijk als lieden van eer »dat deze verzekering zal van kracht blijven, niettegenstaande »bij het wetboek daartoe geen vrijheid wordt gegeven". En nog meer uitdagend, zouden wij bijna zeggen, zijn de woorden van de rotterdamsche polis: »renuntieerende wel expres»selijk als lieden van eer van zoodanige artikelen »van het wetboek van koophandel en andere die »deze verzekering zouden kunnen contrarieeren of »verbieden, beloovende ons daarmede nooit te zullen behelpen, »waarom ook (men lette op dit waarom) met uitdrukkelijken »afstand van ieders recht op hooger beroep alle quaestien en »verschillen die wegens dezelve verzekering zouden kunnen ont»staan, definitievelijk zullen worden geestimeerd door scheidsmannen, »aan welke scheidsmannen nu voor alsdan de bevoegdheid toe»gekend wordt om als goede mannen naar billijkheid te oordeelen »en uitspraak te doen (boni viri arbitrio)." Wij zullen ons niet verdiepen in de moeilijke vraag, die door sommigen (b. v. Pinto) bevestigend, door anderen (b. v. Reesema) ontkennend wordt beantwoord, in hoeverre de verzekering op behouden varen is een ongeoorloofde overeenkomst, hetzij omdat zij een weddingschap is, hetzij omdat zij strijdt tegen de openbare orde en dus, volgens art. 14 A.B. door de

1) In strijd met art. 274 W. v. K.

2) Amsterdamsche polis: »waartegen wij vrij zijn van averijgrosse en bijzondere »averij en van alle andere onkosten met of zonder succes geimpendeerd."

3) In strijd met art. 284 en 678 W. v. K.

clausule omtrent scheidsmannen niet in een geoorloofde zou kunnen worden herschapen (1). Evenmin zullen wij ons bezig houden met de kwestie, in hoeverre afstand wordt gedaan van een der essentialia der overeenkomst (2). Wij wilden slechts opmerkzaam maken op het feit, dat lieden van eer renuntieeren aan de wet en met eenigen trots er op durven wijzen dat zij die zich op de wet zouden beroepen, zouden ophouden lieden van eer te zijn! Het was ons doel door een sterk sprekend voorbeeld onze stelling te staven, dat het verkeer reeds lang de boeien heeft verbroken, waaraan de wet het door schijnbare waarborgen voor de zedelijkheid heeft vastgeklonken, dat, gelijk eens een nederlandsch rechtsgeleerde zeide, het gebruik zich niet stoort aan de wet waar de wet zich niet om het gebruik bekommert. Het verzekeringsrecht was van oudsher een recht van het praktische leven, niet uitgebroeid in het muffe studeervertrek van den kamergeleerde, maar op den wijden oceaan (3). En zoo het inderdaad waar is, dat er disharmonie bestaat tusschen practijk en theorie, tusschen de wetgeving en de ervaring van het dagelijksch leven, dan kan het prestige des wetgevers slechts worden gered door een verandering die de bewijzen zijner onmacht doet verdwijnen. Want eenvoudig en waar zijn de woorden van Montesquieu in zijn nooit volprezen werk: »Comme les lois inutiles affaiblissent »les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la »législation; une loi doit avoir son effet et il ne faut pas »permettre d'y déroger par une convention particulière."

Mogen wij er aan twijfelen, dat deze belangrijke omwenteling in het verzekeringsrecht voor het verkeer rijpe vruchten zal

1) Vgl. Pinto, l. c. p. 399 en 400, die beweert dat de beslissing alsdan is gewezen op een compromis dat van onwaarde is.

2) Wij wijzen er echter op dat er werkelijk belang kan bestaan.

3) Malss, l. c. p. 3.

afwerpen? De verhouding tusschen verzekerde en verzekeraar, wien het ten slotte vrij onverschillig moet zijn, of zijn wederpartij belang heeft in het verzekerde of niet, en die alleen vraagt naar de hoedanigheid van het verzekerde voorwerp en den omvang van het gevaar, zal zeer worden vereenvoudigd. De in de polis door beide partijen erkende taxatie zal zonder chicanes door den verzekeraar onvoorwaardelijk worden uitgekeerd (1). Het omslachtig onderzoek naar het belang van den verzekerde zal onnoodig worden. In één woord, eerst dan zal de verzekering inderdaad de plaats waardig zijn, die zij, als een der voornaamste contracten, in onzen tijd van vrijen handel en onbelemmerd verkeer, inneemt.

1) Tenzij in geval van dolus of error.

Afdeeling 7.

De overeenkomst van bodemerij.

§ 1.

Romeinsch recht.

In den tweeden titel van B. XXII der Pandekten, en den 33sten van B. IV van den Codex wordt, onder den naam van foenus nauticum (1), van een overeenkomst gehandeld die, enkele eigenaardigheden uitgezonderd, veel op ons modern bodemerijcontract gelijkt. Het is ons doel niet de verschilpunten tusschen beide nauwkeurig aan te geven, een taak die geheel buiten ons bestek ligt (2). Wij hebben echter gemeend ook hier het romeinsche recht niet buiten aanmerking te mogen laten, om te doen zien hoe reeds van den vroegsten tijd af de vrees voor woeker den wetgever tot preventieve maatregelen heeft bewogen.

»Trajecticia pecunia", zegt L. 1 D. (h. t.) »est quae trans mare »vehitur," doch niet alleen dat geld zelf, ook waren die daarvoor gekocht zijn, mits zij de reis maken op risico van den crediteur. Ziehier de eerste afwijking van het gewone leencontract, waarbij de leener, niet de uitleener, het gevaar draagt van het hem voorgeschotene. Natuurlijk kan men daarom ook niet vasthouden aan de wettelijke rentemaat. Van het oogenblik af, dat het

1) Eigenlijk de naam der buitengewone rente.

2) Zie daarover o. a. Glück, l. c. § 1143; Mittermaier, l. c. § 310 p. 109; Frémery, l. c. p. 251 env.; Holtius, l. c. II, p. 361 env.

schip de haven is uitgezeild, totdat het de bestemmingsplaats heeft bereikt, is het geoorloofd zoo hooge rente te nemen als men wil (L. 1. en L. 4 C. h. t.) (1). Maar zoodra heeft dit gevaar niet opgehouden, of het woekerverbod treedt weder in vollen luister op. Leent men b. v. iemand geld onder voorwaarde, dat het in deze of gene stad zal worden teruggegeven zonder dat men tevens de risico van het geleende dragen blijft, dan geldt weder de gewone rentemaat (L. 4 pr. D. h. t., L. 2 en 3 C. h. t.). Doch ook andere gevaren dan die der zee kon de uitleener op zich nemen. Iemand leent b. v. geld aan een visscher om dat te gebruiken voor zijn vischgereedschap, of wel aan een athleet om zich te oefenen, onder voorwaarde het te zullen terug ontvangen zoodra de visscher een goede vangst doet of de athleet overwint. In dit geval spreekt men van foenus quasi nauticum; ook dan is de rente periculi pretium en aan geen maat gebonden (L. 5 D. h. t.) (2).

Nog een andere bijzonderheid als het verlof om meer dan legitima usura te nemen, doet zich bij deze geldleening voor. In het romeinsche recht namelijk was tot het bedingen van rente een afzonderlijke stipulatie noodig (L. 11 § 1 D. de rebus creditis, XII. 1; L. 17 D. de pactis, II. 14) Bij het foenus nauticum daarentegen is een pactum nudum voldoende (3).

---

1) „Traiectieiam pecuniam, quae periculo creditoris datur, tam diu liberam esse „ab observatione communium usurarum, quam diu navis ad portum adpulerit, „manifestum est."

2) Er bestaat omtrent deze wet verschil van lezing. Cujacius (ad L. V. D. h. t.) en Pothier lezen: „si modo in aliam speciem non cadat." De meesten (ook Mommsen in zijn nieuwe editie der Pandekten): „si modo in aleae speciem non „cadat." Deze lezing wordt bevestigd door de Basilica: μόνον μέντοι μὴ ἐπὶ πόντῳ

3) L 5 § 1 D., L. 7 C. h. t: „In his autem omnibus et pactum sine stipulatione „ad augendam obligationem prodest."

De uitleener draagt dus het gevaar van het uitgeleende kapitaal of de daarvoor gekochte waren, gelijk uit L. 122 de verborum obligationibus (XLV. 1) (1) en L. 1. 4. D. h. t. genoegzaam blijkt. Men late zich niet misleiden door uitdrukkingen: »ut non »alias petitio ejus creditori competat quam si salva navis intra »statuta tempora pervenerit," of »ut salva nave sortem cum »certis usuris recipiam." (L. 6 en 7 D. h. t.) Op deze plaatsen immers wordt voorzien het geval, dat de waren met het schip zijn verongelukt en duidelijk staat het in L. 6 vermeld, dat de crediteur in pand heeft gekregen eenige goederen in het schip geladen »quasdam merces pignori accepit").

Wij keeren tot het quantum der rente terug, die in ons modern recht premie genoemd wordt. Zij was in den oudsten tijd onbeperkt (2). Gedurende het geheele voor-Justinianeische tijdperk bleef deze vrijheid bestaan en het scheen dat men daarvan een ruim gebruik maakte. Justinianus ten minste wijst in L. 26 § 1 C. de usuris (IV. 32) op de noodzakelijkheid om paal en perk te stellen aan het nemen der bovenmatige rente, die zwaar op zijne onderdanen drukte (3). Daarom stelde hij een maximum vast van 12% (centesimae). De practijk echter was met die regeling niet ingenomen, en toen den keizer smeekschriften werden overhandigd, beval hij dat deskundigen zouden worden gehoord. Door deze liet hij zich inlichten omtrent het

---

1) Wij spraken over deze wet in de inleiding op de vorige afdeeling.

2) Pauli sententiae, II. 14 § 3.

3) »Nesessarium autem duximus veterem duram et gravissimam molem usurarum »ad mediocritatem deducentes" Zijn voorstelling is niet overdreven, men beloong in de oudheid zeer hooge rente; zoo nam men b. v. te Athene in Demosthenes tijd 22½ % als bodemerijpremie, en in de herfst 30% voor een vaart naar de Zwarte zee. Vgl. Pierson, een economische blik op oud Athene, in de Gids van September 1870, p. 364.

gewoonterecht, dat zijn goedkeuring wegdroeg en dat hij daarom in Novella CVI bekrachtigde. De crediteur mocht als premie eischen òf 1/8 van het kapitaal (12%) òf wel 1/10, en in dit geval zich het recht bedingen om voor elken geleenden solidus in het schip van zijn debiteur een modius tarwe of gerst te laden, zonder daarvoor het teloniarium (d. i. invoergeld van ter zee verzonden goederen) te betalen. Ook deze regeling viel niet in den smaak van het publiek. Zij werd reeds in Novella CX weder afgeschaft en de bepaling van den Codex op nieuw ingevoerd.

Het verdient eindelijk opmerking dat de Romeinen, met hun praktischen blik op de behoeften van het verkeer, in den klassieken tijd, toen zij de wettelijke rentemaat niet op bodemerij toepasselijk verklaarden, omdat zij die beschouwden als perieuli pretium, niet een schrede verder op den goeden weg hebben gezet, door in het bedingen van hooge interessen bij een gewone geldleening slechts te zien het equivalent van de mogelijke insolventie van den debiteur.

§ 2.

Hedendaagsch recht.

Het canonieke recht zag slechts met leede oogen de ontwikkeling van het handelsverkeer. Het kon dus niet anders als ongunstig gezind zijn jegens een contract, waarbij het verbod van hooge interessen, het uitgangspunt van een menigte andere bepalingen, onmiddellijk werd overtreden. Van daar het decretale van paus Gregorius IX, waarop wij in onze inleiding de aandacht hebben gevestigd. Langzamerhand echter begon men tot romeinsche

beginselen terug te komen en te begrijpen, dat de bodemerijpremie uit twee factoren is samengesteld, ten eerste de vergoeding voor het gebruik van kapitaal en ten tweede het periculi pretium. »Want", zegt de Groot, nadat hij over de wettelijke interessen heeft gesproken, »alzoo de uitleener hier niet alleen de winste »derft van zijne penningen maar ook 't ongeval moet verwachten, »zoo is 't billijk dat hij daarom ook winste mag bespreken en »zooveel meer als het gevaar grooter is naar gelegenheid van »tijd en plaatse."

Zien wij thans welke gedaante het bodemerijcontract in onzen tijd heeft aangenomen.

»Bodemerij", zegt art. 569 van ons W. v. K., »is een over»eenkomst tusschen eenen geldschieter en eenen geldopnemer, »waarbij eene som gelds wordt opgeschoten, met beding van »premie en onder verband van schip of goed, of van beide, met »dat gevolg, dat indien het verbondene, geheel of gedeeltelijk, »door toevallen op zee, vergaat of vermindert, de geldschieter »zijn recht op de opgeschotene penningen verliest, voor zooverre »dit een en ander niet op hetgeen overblijft kan worden ver»haald, maar indien het verbondene behouden ter plaatse zijner »bestemming aankomt, de hoofdsom, benevens de premie moet »betaald worden." Deze aan Pothier ontleende definitie of liever omschrijving moge lang zijn, zij is ten minste duidelijk en munt in dit opzicht uit boven die van § 2359 Pr. Lr. en art. 680 A. D. H. (1). Zij maakt ons dadelijk bekend met den aard der

1) § 2359 Pr. Lr.: »Bodmerei ist ein Darlehnscontract, bei welchem der »Gläubiger, gegen Verpfändung eines Schiffes, oder der Ladung desselben, oder »beider zusammen, die Seegefahr übernimmt".

Art. 680 A. D. H. »Bodmerei im Sinne dieses Gesetzbuchs ist ein Darlehnsge»schäft, welches von dem Schiffer als solchem kraft der in diesem Gesetzbuche »ihm ertheilten Befugnisse unter Zusicherung einer Prämie und unter Verpfändung

overeenkomst en drukt tegelijkertijd uit, dat de kans van den geldschieter onafscheidelijk met het verbodemde voorwerp is verbonden (1). Het A. D. H. spreekt alleen van de bodemerij uit noodzaak, en laat de regeling der vrijwillige bodemerij aan de bijzondere landswetten over.

De bodemerij (contrat, prêt à la grosse, prêt à la grosse aventure, à retour de voyage, Bodmerei, bottomry) is een contractus sui generis. Toch biedt zij met menig contract punten van overeenkomst aan. Zoo b. v. heeft zij veel met verbruikleening gemeen, in zooverre dat ook hier res fungibiles worden afgestaan; doch terwijl bij de gewone geldleening de leener de risico draagt van het hem afgestane, lijdt hier daarentegen de geldschieter de schade, door zekere gevaren veroorzaakt. Geldleening geschiedt in den regel om niet, terwijl hier de premie tot de essentialia der overeenkomst behoort; het bedrag eener

———

»von Schiff, Fracht und Ladung oder von einem oder mehreren dieser Gegenstände »in der Art eingegangen wird, das der Gläubiger wegen seiner Ansprüche, nur an »die verpfändeten (verbodmeten) Gegenstände nach Ankunft des Schiffs an dem »Orte sich halten könne, wo die Reise enden soll, für welche das Geschäft ein»gegangen ist." (Bodmereireise). Mr. Levy prijst deze definitie (?) en verwijt tevens onzen wetgever dat bij een omschrijving gaf! Wij hebben tegen het art. van het A. D. H. een groot bezwaar. Het spreekt van leen, en nu keuren wij het in het algemeen af, dat de wetgever een contract door eigen regelen beheerscht rangschikt onder een andere overeenkomst, waarop het slechts schijnbaar gelijkt.

1) Vgl. § 2436 Pr. Lr. Om dezelfde reden is m. i. de definitie van de Groot (l. c.) niet volledig. »Bodemerij is de geldleening waarvan de uitleener het gevaar »draagt van de zee." Evenmin die van Eichhorn, l. c. p. 327: »eine Uebertragung »der Gefahr auf den Darleiber einer Geldsumme," en die van Blackstone (l. c. D. I p. 515): »when the owner of a ship takes up money to enable him to carry on »his voyage and pledges the bottom of his ship as a security for the payment." Beter Runde l. c. p. 210 en Phillips l. c. p. 167. Uitstekend Kent, l. c. p. 253: »A bottomry bond is a loan of money upon the ship or ship and freight at an »extraordinary interest upon maritime risks to be borne by the lender for a specific »voyage or a definite period."

bij geldleening bedongen rente is aan een wettelijk maximum gebonden, ten minste overal waar nog een woekerwet bestaat, hier daarentegen is het aan het goedvinden der partijen overgelaten (1). Anderen vergelijken de bodemerij met een hypotheek, die echter ten eerste steeds op onroerende goederen is gevestigd, terwijl ten tweede de personeele actie tegen den schuldenaar blijft voortduren, al gaat ook het gehypothekeerde voorwerp te niet; geen van beiden is hier het geval. Het meest komt de bodemerij ten slotte met de verzekering overeen. Door beide overeenkomsten wordt de risico van voorwerpen die aan gevaar zijn blootgesteld, tegen een geldelijke vergoeding die aan geen maat is gebonden, van de schouders van den belanghebbende op die van een ander geladen. Maar terwijl de geldschieter op bodemerij de penningen dadelijk na het sluiten van het contract uitkeert, doet de verzekeraar dit eerst na het plaats grijpen van het ongeval; terwijl de bodemerijpremie uit twee factoren bestaat, het periculi pretium en de vergoeding voor kapitaalgebruik, bestaat de assurantiepremie alleen uit den laatsten factor, terwijl de bodemerijpremie alleen wordt uitgekeerd bij behouden aankomst van het verbodemde, is de assurantiepremie steeds verschuldigd; terwijl eindelijk de geldschieter op vrijwillige bodemerij niet bijdraagt tot de bijzondere avarij, is de assuradeur daartoe steeds verplicht. En zoo zouden wij nog een tal van verschilpunten kunnen opnoemen b. v. wat den vorm aangaat, maar wij hebben voldoende aangetoond dat, al moge ook de beweegreden der partijen bij het aangaan der overeenkomsten dikwijls dezelfde zijn, er tusschen beide eén aanmerkelijk verschil bestaat (2).

De bodemerij wordt verdeeld in vrijwillige bodemerij en die

1) Vgl. Emérigon, l. c. p. 411; Pinto l. c. p. 338.

2) Vgl. v. d. Loeff, l. c. p. 19; Emérigon, II, p. 403; Pothier, traité du prêt à la grosse, no. 6.

uit noodzaak (eigentliche en uneigentliche) (1). De laatste soort wordt aangegaan door den schipper (2), wanneer hij gedurende de reis de noodige penningen mist om zijn schip te repareeren en verder te zeilen. Dikwijls echter heeft de reeder vóór den aanvang zijner onderneming gebrek aan de noodige fondsen om zijn vaartuig uit te rusten, en sluit daarom een bodemerijcontract. Doch zelfs zoo genoegzaam kapitaal hem ten dienste staat, zal hij terugdeinzen voor de vrees, om zijn geheel vermogen of een groot deel daarvan in één onderneming te verliezen. Hij vereenigt zich derhalve met een anderen kapitalist, die, zij het dan ook met eenige opoffering van zijn zijde, een gedeelte van het gevaar met hem dragen wil. Het behoeft geen betoog, dat in dit geval de bodemerij zeer dicht tot de grenzen der verzekering nadert. Van daar dan ook, dat zij voornamelijk bloeide in den tijd dat de verzekering nog gebukt ging ondor den druk van kanonieke angstvalligheid, van daar dat zij in onze dagen haar belangrijkheid grootendeels verloren heeft. De verzekering immers voldoet in de behoefte des handelaars, die zich wil waarborgen tegen mogelijk aanzienlijk gevaar; een menigte middelen om zich crediet te verschaffen tegen een goedkooper equivalent dan de hooge bodemerijpremie, staan den solieden handel ten dienste. Slechts de schipper, die somtijds tot het verrichten van eenige noodzakelijke herstellingen, verplicht is een vreemde haven binnen te loopen waar de naam van zijn reeder onbekend is, zal van de bodemerij, bij wege van uitzondering, moeten gebruik maken om de begonnen reis te kunnen voortzetten.

---

1) Zie over de zoogenaamde respondentia Benecke l. c. II, p. 852.

2) De Groot: "en deze bodemerij kan aangegaan worden niet alleen bij de eigenaars van het schip maar ook bij den schipper."

De bodemerij is een kanscontract, van een juridisch standpunt omdat, zooals wij in ons eerste hoofdstuk aantoonden, de onzekerheid de grond is waarom partijen de overeenkomst aangaan; van een economisch standpunt omdat zij, na lang gebukt te zijn gegaan onder het juk van de woekerleer, later tot op onzen tijd toe door den wetgever is belemmerd en beperkt, uit vrees dat zij zou ontaarden in een voor het verkeer nuttelooze en schijnbaar onzedelijke speculatie. Wij zullen de twee laatste stellingen met eenige artikelen onzer hedendaagsche wetboeken nader trachten toe te lichten.

»Die Höhe der Bodmereiprämie", zegt art. 682 A. D. H. »ist »ohne Beschränkung dem Uebereinkommen der Parteien über»lassen." Hetzelfde was ook in het Pr. Lr. (§ 2360 en 2361) bepaald (1), en gold ook stilzwijgend van oudsher in het fransche en nederlandsche recht (2). Men was echter zeer voorzichtig; nauwelijks dreigde de bodemerij te ontaarden in eene gewone geldleening, of het woekerverbod trad weder in werking. Karakteristiek in dit opzicht zijn § 2362 en 2363 van het Pr. Lr. Neemt de geldschieter de risico van het geleende niet op zich, dan kan hij de voorrechten die aan het bodemerijcontract zijn toegekend, niet inroepen. Zijn dus hoogere dan de gewone renten bedongen, »so ist dasselbe für einen wucherlichen Contract zu »achten." Is het niet alsof wij de echo hooren van het decretale naviganti: usurarius est habendus?

Het mag te recht verwondering wekken, dat zelfs bij de

---

1) Pr. Lr. § 2360: »Dagegen kann er (der Gläubiger) sich ein den erlaubten »Zinssatz übersteigendes Aufgeld verschreiben lassen."

§ 2361: »Die Bestimmung dieses Aufgeldes hängt lediglich von der Vereinigung »beider Theile ab."

2) Wij bedoelen natuurlijk vóór 1857.

ijverigste aanhangers van het woekerdogma, niet een bedenking tegen de dikwijls bovenmatige rente is opgekomen. Men zag niet in, dat de premie had een dubbel karakter, dat zij wel is waar het periculi pretium was, maar toch ook voor een deel vergoeding voor het gebruik van kapitaal. Aan dien laatsten factor dacht of liever wilde men niet denken. »Le contrat", zegt »Pothier (1), »est permis non seulement dans le for extérieur, »mais même dans le for de la conscience et il n'est pas »usuraire." Op deze woorden volgt dan dadelijk weder het oude thema, dat de rente niets anders is als het equivalent van de risico. Zoo wordt het, gaat de schrijver een weinig verder voort, ten minste in foro beschouwd; als partijen echter werkelijk nog iets anders beoogen en aan het woekerverbod willen ontsnappen, dan moeten zij met hun geweten te rade gaan. Pothier kent de practijk genoeg om te weten, dat de rechter de premie niet in twee factoren kan ontleden, en de een erkennen, de ander niet, maar hij ziet toch in, dat er iets aan zijne verdediging der hoogere rente hapert, en dat de regel »pecunia pecuniam parere non potest," feitelijk op zijde wordt geschoven.

Toch verdedigt de oude theorie haar gebied, dat zij zoo lang tegen het binnendringen der moderne begrippen handhaafde, voet voor voet. Niet genoeg, dat de geldschieter gevaar moet loopen zoo hij de hooge rente trekken wil, ook den geldopnemer worden hinderpalen in den weg gelegd. Hij mag zich dekken tegen ongeval, tegen mogelijk verlies, maar nooit mag zijn doel winstbejag zijn, of mag de overeenkomst van bodemerij in een speculatie ontaarden. Van daar vooreerst in het fransche recht het verbod om bodemerij te nemen op de te verdienen vracht en verwacht

1) l. c. no. 2.

wordende winst, (art. 318 C. d. c., ontleend aan art. 4 ord. de la marine, titel: des contracts à la grosse). Zij zijn volgens het oordeel van den franschen wetgever wat de Engelschen noemen een nonentity; er bestaat geen risque réel. De geldopnemer loopt geen gevaar schade te lijden, maar slechts winst te derven. »Si l'on citait", zeide Corvetto, toen hij dit beginsel verdedigde, »en sa faveur quelques exemples, nous n'hésiterions »pas à répondre qu'il ne sera certainement pas en France (!) et »dans une matière de tant d'importance que la législation natu»ralisera l'immoralité des paris et la fureur du jeu" (1). Wij hebben over dit beginsel reeds vroeger bij gelegenheid van de verzekering gesproken en oordeelen dus de herhaling der argumenten waarmede wij het bestreden, overbodig.

Een allerzonderlingst stelsel is, wat de bodemerij van vracht en verwacht wordende winst betreft, door onzen wetgever gehuldigd. Zij kunnen niet afzonderlijk worden verbodemd, maar slechts als accessorium van het schip, de lading of andere lichamelijke voorwerpen (art. 578 W. v. K.). Verschillende redenen werden daarvan gegeven. Mr. de Pinto beweert (2) »dat de te verdienen vracht en de verwacht wordende winst zijn »geheel onzekere zaken, die nog niet bestaan en welke misschien »nimmer bestaan zullen, en dus aan geen dadelijk gevaar kunnen »worden blootgesteld; de bodemerij kan alleen ten onderwerp »hebben zekere bepaalde zaken, welke reeds werkelijk gevaar »loopen en die tevens tot onderpand van de vordering des geld»schieters verstrekken. Daarbij komt nog het verbod van art. »576 dat geen geld mag worden geschoten boven de werkelijke »waarde van het verbodemde voorwerp." En daar nu, gaat de

1) Merlin, répertoire, s. v. contrat à la grosse.

2) l. c. § 446, p. 353.

schrijver voort, de waarde van vracht en winst, die slechts eventueel bestaan, niet te berekenen is, zoo zou deze heilzame (?) bepaling niet kunnen worden in acht genomen en de geldopnemer winnen. Ik kan mij om twee redenen niet met deze redeneering vereenigen. Vooreerst is zij even goed toepasselijk op de verzekering van vracht en verwacht wordende winst, die dan toch in het W. v. K. uitdrukkelijk is erkend. Maar ten tweede zal de middenweg, die door onzen wetgever is ingeslagen en langs welken hij met de imdemniteitsleer transigeert, al zeer weinig baten. Immers, al wordt b. v. de vracht als accessorium van schip of lading verbodemd, zal toch in elk geval, zij het dan ook slechts voor een deel, een bodemerijcontract worden gesloten op »onzekere zaken die alleen een eventueel bestaan hebben." En juist dit, waartegen men zooveel bezwaren heeft, zal geschieden, nl. de geldopnemer zal in dien toestand verplaatst worden waarin hij zou verkeerd hebben, zoo het ongeval dat hem van de teruggave der schuld bevrijdt, niet had plaats gehad. Er wordt dan ook nog een schijnbaar betere reden voor onze bepaling gegeven door Valin (1) op art. 4 van de ordonnance de la marine, men vreesde »que le prêteur serait à la discrétion »du preneur, qui s'embarasserait peu d'un prêt, dont il ne »devait pas profiter," m. a. w. de geldopnemer zou de belangen van den geldschieter niet naar behooren behartigen, omdat het hem onverschillig zoude zijn of het schip aankwam of niet, thans echter heeft hij nog altijd belang, dat de vracht of winst hem niet ontgaat (2). Dat ook dit motief berust op het gebrek aan doorzicht van den wetgever, behoeft geen betoog; men bedenke slechts, dat ook als de winst als accessorium wordt verbodemd, evenzeer

1) Geciteerd bij Mr. Levy, l. c. D. II op art. 682.
2) Holtius, l. c. II. p. 381.

het gevaar voor den geldopnemer verdwijnt, en zijn belang bij het behoud van schip of lading verloren gaat. De inhoud van art. 578 kan dus niet door voldoende motieven worden gerechtvaardigd en werpt een blaam te meer op het inconsequente stelsel van onzen wetgever.

Een tweede gevolg van het beginsel, dat de geldopnemer bij een bodemerijcontract nooit winnen mag, vinden wij in art. 576 W. v. K., dat de woordelijke vertaling is van art. 316 en 317 C. d. c., die op hun beurt weer uit de ordonnance de la marine zijn overgenomen (1). Het luidt aldus: »Alle geldopneming op »bodemerij, aangegaan voor eene som, te boven gaande de »waarde der voorwerpen waarop zij gevestigd is, kan nietig »verklaard worden ten verzoeke van den geldschieter, indien be»wezen wordt, dat er aan de zijde van den geldopnemer bedrog »plaats heeft (al. 1). Indien er geen bedrog plaats heeft gehad, is »de overeenkomst bestaanbaar tot het beloop van de waarde der »voorwerpen, voor de opgeschoten som verbonden; het meerdere »van de opgenomene som wordt, met de wettelijke interessen »teruggegeven (al. 2)." In geval van bedrog zal dus de geldschieter de overeenkomst kunnen doen nietig verklaren, waartoe hij, bij niet behouden aankomst van het schip, altijd zal overgaan.

1) Art. 3 en 15: "Faisons défense de prendre deniers à la grosse eur le corps "ct quille du vaisseau on sur les marchandises au delà de leur valeur à peiue "d'être contraint en cas de fraude au poiement des sommes entières, néanmoins "la perte du vaisseau (art. 3). Si toutefois celui qui a pris deniers à la grosse "justifie n'avoir pu eharger des effete pour la valeur des choses prises à la grosse, "le contrat en cas de perte sera dimiuué à proportion de la valeur des effets chargés et "ne subsistera que pour le surplus dont preneur paiera la chauge, suivant le cours "de la place où le contrat aura été pessé josqu'à l'actuel paiement du capital." (art. 15). Pothier l. c. no. 12. Het Pr. Lr. (§ 2374 en 2375) spreekt alleen van mala fides van reeder of bevrachter, die alsdan voor het meerdere dan de waarde plus 6 % verantwoordelijk blijft en bovendien als bedrieger wordt gestraft.

Wij keuren deze bepaling onvoorwaardelijk goed; het bedrog immers is van dien aard, dat de geldschieter wellicht het contract niet had gesloten, zoo hij geweten had, dat hij door het verband van schip of lading slechts voor een gedeelte der geschoten penningen gewaarborgd was. Geenszins echter kunnen wij ons met de tweede alinea vereenigen. Alweder immers wordt door den wetgever, uit vrees voor ontaarding in een van zijn standpunt nuttelooze speculatie, op den vrijen wil der partijen inbreuk gemaakt. Ook hier moest vastgehouden worden aan het beginsel van indemniteit, en zoo een hoogere som dan de werkelijke waarde eener lading ware voorgeschoten, zou de geldopnemer bij niet behouden aankomst, horribile dictu, winnen, hij zou belang krijgen bij de vernietiging van het verbodemde voorwerp, en een tal van misdaden zou de maatschappij met ondergang bedreigen. Wij zullen ons niet nogmaals met de bestrijding dier argumenten bezig houden, en eenvoudig naar ons betoog over dit beginsel bij de verzekering verwijzen. Alleen wenschen wij opmerkzaam te maken op de onbillijkheid, die uit art. 576 al. 2 voortvloeit. A leent aan B op een schip dat 16000 g. waard is, een som van 20000 g. en bedingt een premie van 10%. Zoo het schip vergaat, zal A niets terug bekomen, zelfs niet de 4000 g. die hij boven de waarde voorschoot, omdat na de schipbreuk het bewijs der mindere waarde niet kan worden geleverd. A loopt dus de risico van 20000 g. Komt echter het schip behouden aan, dan zal B, na voor den rechter het bewijs te hebben geleverd der mindere waarde, slechts de premie van 16000 g. uitkeeren, en A zich, wat de overige 4000 g. betreft, met de wettelijke interessen moeten tevreden stellen. Bestaat er alzoo gelijkheid van kans?

Overigens zullen wij niet nader behoeven te verklaren, waarom wij, die de wedverzekering willen erkend zien, het evenzeer wenschelijk

achten, dat de wetgever de speculatie op het niet behouden aankomen van een schip bij wijze van bodemerijcontract niet verhindere (1).

Een andere toepassing eindelijk van het beginsel der strikte schadeloosstelling vinden wij in art. 599 no. 3 W. v. K. waarmede § 1998 en § 2376 Pr. Lr. volkomen overeenstemmen. Het verklaart nietig »verzekeringen van schepen of goederen, »waarop de volle waarde vroeger op bodemerij is geschoten." Hetzelfde zal ook moeten gelden in het fransche recht en in het algemeen overal, waar de indemniteitsleer wordt gehuldigd en het belang essentiale der verzekering is (2). Van daar ook in het Engelsche recht de bepaling van het reeds genoemde statuut 19 Geo. II c. 37: »that in the East India trade the lender of »money on bottomry or at respondentia shall alone have a right »to be insured for the money lent and the borrower shall (in »case of a loss) recover no more upon any insurance than the »surplus of the property above the value of his bottomry or »respondentia bond." (3)

Daarentegen heeft de geldschieter een verzekerbaar belang bij de behouden aankomst van schip of lading, omdat deze de voor-

1) Vgl. wat het Engelsehe recht betreft, Blackstone l. c. I p. 515, die statuut 19 Geo. II c. 37 aanhaalt: »all monies, lent on bottomry or respondentia on vessels »belonging to British subjects bound to or from the East Indias, shall be expres»sely lent only upon the ship or the merchandise; the lender shall have the benefit »of salvage and if the borrower hath not an interest in the ship or in the effects »on board equal to the value of the sum borrowed, he shall be responsable to »the lender for so much of the principal as has not been laid out with legal interest »and all other charges, though the ship and merchandise be totally lost."

2) Om dezelfde reden verbiedt art. 347 C. d. c. de verzekering van »sommes »empruntées à la grosso."

3) Vgl. art. 600 W. v. K. en § 2378 Pr. Lr. Op het zelfde beginsel steunen art. 610 en 611 W. v. K., waarin het geval voorzien wordt, dat op een reeds verzekerd voorwerp een contract van vrijwillige bodemerij wordt aangegaan. De geldschieter wordt dan in de rechten van den geldopnemer tegen den assuradeur gesubrogeerd.

waarde is van het terug ontvangen van zijn kapitaal. Het is hem dan ook in alle wetboeken geoorloofd zich te verzekeren (1). Toch zijn er door de aanhangers der woekerleer, en van hun standpunt te recht, tegen dit beginsel wel eens bedenkingen gemaakt. De geldschieter, zeide men, ontvangt juist de premie omdat hij groot gevaar loopt, en mag daarom alleen dan de wettelijke interessen bedingen. Staat men hem nu toe zich te verzekeren, dan moet met de oorzaak ook het gevolg verdwijnen. Hij loopt dan geen ander gevaar dan dat van insolventie van zijn schuldenaar en moet derhalve gebonden zijn aan het maximum der wettelijke rente, opdat hij niet aan het woekerverbod ontsnappe. Men zocht naar een middel, om den handel te gemoet te komen en tegelijkertijd het dogma te redden en meende dit te vinden in het verbod om de premie te verzekeren. Zoo deed b. v. het fransche recht in art. 347 C. d. c. Het middel was onschadelijk, maar tevens zonder vrucht. De geldschieter verzekert de voorgeschoten penningen; vergaat het schip, dan worden deze hem vergoed; komt het behouden aan, dan worden zij hem door den geldopnemer teruggegeven, vermeerderd met de bodemerijpremie, hoewel hij blijkbaar geen gevaar heeft geloopen. Wel zullen er in dat geval eenige percenten voor de assurantiepremie afgaan, maar daardoor zal het quantum der bodemerijpremie nog lang niet tot het maximum der wettelijke rente zijn gedaald. Wil men werkelijk een afdoend middel, dan volge men den raad van Pöhls: »Der Bodmereigeber, der sich »versichern lässt, sollte eigentlich verpflichtet sein sich nicht mehr »wie übliche Zinsen und die Assecuranzprämie von dem Nehmer »bezahlen zu lassen."

---

1) Vgl. art. 593 no. 6 W. v. K., 334 C. d. c. en 783 no. 2. A. D. H.

En hiermede kunnen wij deze afdeeling eindigen. Wij zouden, wat het jus constituendum betreft, slechts moeten herhalen wat wij bij de verzekering hebben opgemerkt. Ook hier immers kunnen wij onze wenschen formuleeren in deze weinige woorden: men schaffe het indemniteitsbeginsel af, men scheide nauwkeurig de taak van den burgerlijken van die van den strafrechter, men late het machtelooze preventieve stelsel varen en bevordere de volkomen vrijheid van het handelsverkeer.

HOOFDSTUK III.

WERKING DER ALEATORISCHE NATUUR IN HET STRAFRECHT.

Wij wenschen in de laatste plaats na te gaan, hoe de wetgever, niet tevreden met aan sommige contracten het dwangmiddel te hebben ontzegd uithoofde hunner economisch-aleatorische natuur, gemeend heeft ook door strafbepalingen te moeten waken tegen de ontaarding eener overeenkomst in een volgens hem schadelijke en voor het verkeer nuttelooze speculatie, zoodra politisch-legislatieve overwegingen zich voegden bij zijn angstvallige zorg voor de zedelijkheid. Wij bedoelen de bepalingen omtrent sommige beursoperatien, waartegen door art. 419, 421 en 422 van den Code pénal wordt gewaakt.

Wij kunnen om twee redenen zeer kort zijn. De eerste is, dat het slechts ons doel was, een antwoord te geven op de vraag, welke werking de aleatorische natuur der overeenkomsten uitoefent in het burgerlijk en handelsrecht, en alzoo het strafrecht buiten ons bestek valt. Wij meenden alleen volledigheidshalve ook dit niet met stilzwijgen te mogen voorbijgaan. Een tweede reden, waarom wij ons tot het meest noodzakelijke zullen bepalen is deze, dat de artikelen die wij op het oog hebben voor korten tijd (1868) door Mr. Wiersma in hunne geschiedkundige ontwikkeling voortreffelijk zijn geschetst. Wij zouden derhalve in

noodelooze herhalingen moeten vervallen. Daarom zullen wij ook niet dan voor zooverre de verklaring van den C. P. het eischt, spreken over de arrêts du conseil en de wetten van de eerste jaren der republiek, die, naarmate de finantien van den staat in een beteren of minder goeden toestand verkeerden, met meerdere of mindere gestrengheid tegen de speculatien werden toegepast (1). Evenzeer laten wij de vraag rusten, in hoeverre deze arresten door den Code pénal zijn afgeschaft. Alleen de artikelen, zooals zij thans voor ons liggen, zullen het onderwerp onzer beschouwing uitmaken.

Voordat wij echter daartoe overgaan, wenschen wij met een enkel woord te wijzen op de bepalingen die het houden van speelhuizen verbieden of waken tegen het exploiteeren van niet geautoriseerde loterijen.

Art. 410 C. P. voorziet in beide wanbedrijven en neemt ze op onder den titel van »Contraventions aux réglements sur »les maisons de jeu, les loteries et les maisons de prêt sur gage." (2)

---

1) Zoo verbood b. v. het arrest van 24 September 1724 en de wet van 13 Fructidor an IV (30 Aug. 1795) alle marchés à terme. Vgl. Merlin, l. c. s. v. marché à terme; Troplong l. c. no. 103—123, die zeer geestig de plannen van Calonne en zijne strafbepalingen vergelijkt; Fremery, l. c. p. 429; Paul Pont, l. c. p. 302; Dalloz, die de tekst der arresten en wetten in haar geheel opneemt en eindelijk Wiersma, l. c. p. 102 env.

2) Art. 410 C. P: »Ceux qui auront tenu une maison de jeux de hasard, »soit librement soit sur la présentation des intéressés ou affiliés, les banquiers »de cette maison, tous ceux qui auront établi ou tenu des loteries non autorisées »par la loi, tous administrateurs, préposés ou agents de ces établissements, seront »punis d'un emprisonnement de deux mois au moins et de six mois au plus, et »d'une amende de cent francs à six mille francs." Alinea 2 geeft den rechter de macht om van 5—10 jaar ontzetting van burgerschapsrechten uit te spreken, terwijl alinea 3 confiscatie beveelt van enkele bij het spel of de loterij gevonden voorwerpen. Zie over de geschiedenis van dit artikel, Faustin en Hélie, théorie du Code Pénal, 1843, IV p. 125.

Te recht wordt door Rauter (1) opgemerkt, dat van inbreuk op een reglement door het houden van een speelhuis geen sprake kan wezen.

De elementen van het misdrijf zijn:

1. Het houden van een speelhuis, d. i. er moet in een huis niet een enkele keer, maar »habituellement" gespeeld zijn (2).

2. Het publiek moet zijn toegelaten.

3. Er moeten gespeeld zijn jeux de hasard.

Wat wij daaronder moeten verstaan, wordt niet nader verklaard en werkelijk zal dan ook de toepassing van dit artikel tot velerlei moeilijkheden aanleiding geven. Wij hebben er reeds vroeger op gewezen, dat elk spel hazardspel zijn kan en dat de onderscheiding in jeu d'adresse, jeu de pur hasard en jeu mixte op een valschen grondslag berust (3). Toch hebben ook het Belgische wetboek en dat van den Noordduitschen bond dezelfde fout begaan, die in Frankrijk een aantal tegenstrijdige beslissingen heeft uitgelokt (4). Mijns inziens had men al die moeilijkheden gemakkelijk kunnen vermijden door in plaats van jeux de hasard, de woorden »jeu interessé" te gebruiken. In dit geval

---

1) Traité du droit criminel, no. 538.

2) In het Pr. Lr. (D. II, T. 20, § 267) en in het strafwetboek van den Noordduitschen bond (§ 285) is het houden van een speelhuis geen vereischte voor de strafbaarheid. Beiden komen overeen en luiden aldus: „Der Inhaber eines „öffentlichen Versammlungsortes, welcher Glückspiele daselbst gestattet oder zur „Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt, wird mit Geldstrafe bis zu fünfhundert „Thalern bestraft." Anders de Belgische strafwet (art. 305), die bijna woordelijk overeenkomt met art. 410 C. P., behalve dat zij ten eerste inlascht de woorden „sans autorisation légale," en ten tweede de loterijen afzonderlijk behandelt. Vgl. in het Engelsche recht stat. 8 en 9 Victoria c. 109 bij Blackstone, (supplement) en Stephen, D. IV.

3) Daarom is het kenmerk der schrijvers van de Théorie: „ces jeux (sc. de „hasard) sont évidemment ceux ou le hasard seul préside," niet aannemelijk, wil men daartoe écarté, vingt et un, en een tal van andere spelen brengen.

4) Zie b. v. bij Gérard, C. P. Belge, op dit artikel.

hadden wij de bepaling volkomen goedgekeurd. Misschien zal dit onze lezers verwonderen en zal men ons van inconsequentie beschuldigen nu wij, na uitvoerig te hebben aangetoond, dat het spel op zich zelf niet onzedelijk is en het daarom te hebben afgekeurd, dat de wetgever, door ontzegging der actie, zijne misbruiken trachtte te temperen, ons thans verklaren voor een wetsartikel, dat den houder van een huis waar om geld gespeeld wordt, streng straft. Wij kunnen echter onze schijnbare inconsequentie gemakkelijk ophelderen en kiezen daartoe een voorbeeld. De vrouw die, meesteresse harer handelingen, zich aan een ongebonden leven overgeeft, wordt evenmin gestraft als de speler die zich zoekt te verrijken ten koste van een ander (1). Maar wekt men hare hartstochten op en brengt men haar, zij het dan ook door moreele pressie, op den verkeerden weg, dan treedt de wet tusschen beide en straft den verleider. »Proxénète in»fâme des passions d'autrui, il n'a pas même ses propres passions »pour excuse" (2). En zoo is het ook bij het spel. Hij die zijn huis openstelt, om aan een in elk geval gevaarlijke hartstocht voedsel te geven, hij die den lichtvaardige de gelegenheid geeft om zijn vermogen te verspelen, zij het dan ook in een spel waarbij de bekwaamheid van den speler tot den uitslag medewerkt, zondigt tegen de openbare orde en verdient straf.

---

1) Wij keuren dan ook ten sterkste af § 266 Pr. Lr. overgenomen in § 284 van het Wb. van den N. duitschen bond: »Wer aus dem Glückspiele ein Gewerbe »macht wird mit Gefängniss bis zu zwei Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe »von einhundert bis zu zweitausend Thaler so wie auf Verlust der bürgerlichen »Ehrenrechte erkannt worden kann. Ist der Verurtheilte ein Ausländer, so ist die »Landespolizeibehörde befugt denselben aus dem Bundesgebiete zu erweisen." Wij keuren deze bepaling af, omdat men niemand tot spelen dwingt en de kansen in elk geval gelijk staan, zoo er geen bedrog wordt gepleegd.

2) Haus, observations sur le projet de révision du Code Pénal, Gand 1836, D. IV, p. 12.

Ook het houden of oprichten van niet geautoriseerde loterijen (1) is een wanbedrijf, dat met het vorige (2) wordt gelijk gesteld. Wij behoeven er niet nogmaals op te wijzen, dat dit artikel in ons land een wanklank is en blijven zal, zoolang de staat een handeling, die hij zelf als wanbedrijf straft, gebruikt als een middel om de schatkist te vullen. Wij verwijzen naar de derde afdeeling van het vorige hoofdstuk.

Eindelijk straft art. 475 no. 5 C. P. in verband met art. 477 no. 1 het houden van loterijspelen of andere hazardspelen op straten, wegen, pleinen of andere openbare plaatsen als politie-overtreding (3).

Wij komen thans tot de bepalingen omtrent beursspel en zullen eerst die over agiotage aan een kort onderzoek onderwerpen.

Wat wij daaronder hebben te verstaan, bepaalt art. 419 (4). De elementen zijn drie in getal:

---

1) Zie de wet van 22 Juli 1814 (Sthl. no. 86).

2) Juister heeft § 268 Pr. Lr. de straf tot geldboete beperkt; der openbare orde en zedelijkheid dreigt hier minder gevaar dan bij spel. Van dit stelsel is echter afgeweken door het nieuwe N. duitsche strafwetboek, dat weer gevangenisstraf tot twee jaren vaststelt. Bij het nieuwe Belgische wb. wordt hierin voorzien door art. 302. Opmerking verdient art. 301: „Sont réputées loteries toutes opérations offertes „au public et destinées à procurer un gain par la voie du sort." Waarom heeft men niet liever hazardspel gedefinieerd?

3) „Seront punis d'amende depuis six francs jusqu' à dix francs inclusivement, „no. 5: Ceux qui auront établi ou tenu dans les rues, chemins, places ou lieux „publics des jeux de loterie ou autres jeux de hasard." Deze bepaling is overgenomen in art. 557 no. 3 C P. Belge Zie ook Pr. Lr § 340 no. 11 en strafwb. van den N. duitschen bond, § 360 no. 14. Opmerking verdient § 361 no. 5 van dit laatste wetboek, die met geldboete straft dengene „Wer sich dem Trunk, Spiel oder Müssig„gang dergestalt hingiht dass er in einem Zustand geräth, in welchem zu seinem „Unterhalte oder zum Unterhalte derjenigen zu deren Ernährung er verpflichtet ist „durch Vermittlung der Behörde fremde Hülfe in Anspruch genommen werden muss."

4) „Tous ceux qui par des faits faux et calomnieux semés à dessein dans le „public, par des suroffres faites au prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par

1°. Faits faux ou calomnieux, suroffres, réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise, in een woord welke middelen ook (voies ou moyens quelconques). In het Belgisch wetboek heeft men zich alleen tot die laatste woorden bepaald en voorbeelden te recht overbodig geacht (1).

2°. Het materieele feit, nl. het doen rijzen of dalen van den prijs der waren, koopmanschappen en openbare papieren of effecten, boven of beneden den prijs waarop zij door de vrije concurrentie stonden. De laatste woorden ontbreken in het Belgische wetboek. Wij vereenigen ons gaarne met Mr. Wiersma, wanneer hij wenscht dat deze bepaling worde toepasselijk verklaard »op andere schuldbrieven die op de beurs worden »genoteerd" (2).

3°. Opzet, wat door de woorden: faits faux ou calomnieux, à dessein en frauduleux wordt uitgedrukt. Zonder opzet is het feit niet strafbaar; het doel moet geweest zijn het te weeg brengen van een bepaalde werking op den prijs der koopwaren of den koers der effecten. »C'est dans cette fraude, élément nécessaire »des différents modes de perpétration, que réside toute la »criminalité du délit" (3).

Wij kunnen het ons gemakkelijk verklaren, hoe men er toe

»réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou »denrée, tendant à ne la pas vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix ou »qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques auront opéré la hausse ou »la baisse du prix des marchandises ou des papiers et effets publics au »dessus ou au dessous des prix qu' auraient déterminés la concurrence naturelle »et libre du commerce, seront punis d'un mois au moins, d'un an au plus et d'une »amende de cinq cent francs à mille francs."

1) Vgl art. 311. »Ce sont là, merkte men in den senaat op, en effet des moyens »frauduleux, qu'il est inutile de mentionner spécialement."

2) l. c. p. 184. Men denke slechts aan de Amerikaansche spoorwegactien en de verschillende zwendelarijen daarmede gepleegd.

3) Théorie du C. P., D. IV p. 157.

gekomen is, om tegen de agiotage straf te bedreigen. Dergelijke bedriegelijke handelingen, vooral als daarvan het gevolg is het rijzen of dalen van den prijs der meest noodzakelijke levensbehoeften (vgl. art. 420) (1), wekken gewoonlijk de verontwaardiging der groote menigte op en kunnen schromelijke gevolgen na zich slepen. Meer daarop dan op het materieele feit zelf werd door wetgeving en rechtswetenschap bij het bedreigen van betrekkelijk strenge straffen gelet. »L'homme", zegt Haus, »qui spécule sur la misère publique, qui pour obtenir des trésors »s'efforce de faire naître la disette et de réduire ses concitoyens »au désespoir, cet homme dépravé et dangereux ne mérite-»t'-il qu'un emprisonnement d'une année?" (Had de schrijver misschien de doodstraf willen zien toegepast?) De kracht van deze sterkgekleurde voorstelling gaat wel eenigszins verloren door de overweging, dat de agioteur ook daling der prijzen kan te weeg brengen. Wij voor ons moeten ons voor de afschaffing van dit artikel verklaren en wel om twee redenen. De eerste is, dat wij in de meeste gevallen zijne toepassing onuitvoerbaar achten, wegens de moeilijkheid van het bewijs. Immers de agioteur maakt meestal gebruik van het in de eerste plaats genoemde middel, het uitstrooien nam. van valsche geruchten. Op welke wijze nu denkt men hem te ontdekken, die het eerst het valsche bericht mededeelde? Deze zal wel niet de onhandigheid hebben, de onware tijding zelf op de beurs te komen verspreiden, maar daartoe een medeplichtige gebruiken die, op zijn beurt weder met sluwheid te werk

1) In dit geval wordt de straf verzwaard. Het Belgische wb. bedreigt ook den hoogere straf, als een kommandant van een militiedistriet of een stad, een gouverneur of commissaris van een arrondissement, op de plaats waar hij zijn gezag uitoefent dergelijke misdrijven pleegt (art. 312). Het plunderen eener markt of korenbeurs, om door de paniek de eigenaars te dwingen hunne waren voor lagen prijs te verkoopen, wordt als een delictum sui generis gestraft.

gaande, de ontdekking van den waren agioteur onmogelijk zal maken. Hoe zal men verder, als men eindelijk den leugenaar ontdekt heeft, zijn kwade trouw bewijzen? In de tweede plaats behoeft men niet bevreesd te zijn, dat handelingen als de genoemde, zoo de schuldige wordt ontdekt, ongestraft blijven. De beursusance heeft tegen dergelijke oneerlijke praktijken een eigenaardig middel uitgevonden; wij bedoelen het zoogenaamde afdringen. En welke zwaardere straf nu kan in der daad den speculant worden opgelegd, dan dit ondubbelzinnig blijk van minachting van zijne medehandelaren? Voeg hierbij dat, zoo de strafwet over de agiotage zwijgt, zij ten slotte niet anders handelt als ten aanzien van elke andere ongekwalificeerde leugen, die in het een en andere geval schadelijke gevolgen hebben kan, en wij gelooven de hoop te mogen uitdrukken, dat art. 419 in ons nieuw wetboek niet zal worden opgenomen.

Met de agiotage worden gelijk gesteld:

»Les paris qui auront été faits sur la hausse et la baisse des »effets publics" (art. 421).

»Sera réputé pari de ce genre toute convention de vendre ou de »livrer des effets publics, qui ne seront pas prouvés par le »vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention »ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison" (art. 422).

Deze artikelen hebben hunne geschiedenis. Een arrêt du conseil van 24 September 1724 maakte den tijdkoop van effecten onmogelijk; de agents de change immers, de tusschenpersonen tusschen kooper en verkooper, moesten op het oogenblik van het aangaan der overeenkomst prijs en effecten in handen hebben. Een arrest van 7 Augustus 1785 verklaarde nietig »les marchés »et compromis d'effets royaux et autres quelconques, qui se

»feraient à terme et sans livraison des dits effets ou sans le »dépôt réel d'iceux," terwijl dat van 22 September 1786 den tijd der levering vaststelde op niet later dan twee maanden na het sluiten van het contract. Terwijl dus het eerste arrest den tijdkoop verbood, waren de latere minder streng, omdat zij slechts de zoogenaamde vente à découvert, d. i. den verkoop van fondsen, die op het oogenblik van den verkoop niet in handen van den verkooper waren, onmogelijk maakten. De marché à terme was dus binnen zekere grenzen geoorloofd, mits de tijd van levering niet langer dan na twee maanden werd uitgesteld. Voorts gold het verbod den verkoop, niet den koop der staatspapieren, omdat men vooral de speculaties à la baisse wilde voorkomen, die het staatscrediet verminderden. Een arrest van 22 September 1787 bracht in dien toestand geen verandering, het bevatte slechts eenige bepalingen omtrent de agiotage en de wisselagenten. Ook de wetten der republiek steunden op denzelfden grondslag; slechts werden bij wetten van 28 Vendemiaire en 2 Ventôse an IV op nieuw de tijdkoop en het premiecontract verboden en met agiotage gelijk gesteld. Eindelijk kwam de Code Pénal en bracht ons art. 419, 421 en 422 (1).

Of wij voor dit geschenk dankbaar moeten zijn, meenen wij reeds a priori te mogen betwijfelen, indien wij wijzen op het twistgeschrijf, waartoe deze artikelen aanleiding gaven. Is art. 422 een uitbreiding of een beperking van art. 421? Adhuc sub judice lis est. Wij zullen de argumenten voor beide meeningen aan een kort onderzoek onderwerpen.

De schrijvers der Théorie noemen het een beperking (2). »L'ex»posé des motifs", zeggen zij, »déclare clairement que le législateur

1) Vgl. Wiersma l. c. p. 142; Merlin, Troplong, Fremery, Paul Pont en Dalloz l. c.

2) IV, p. 161.

»n'a voulu atteindre que les spéculateurs insolvables, c'est à dire »ceux qui, dans le cas prévu par l'art. 422, jouent sur les effets »publics, sans posséder ni ceux qu'ils vendent, ni les fonds néces»saires pour les acheter." Wij hebben tegen deze verklaring een groot bezwaar; ware art. 422 een beperking, dan zou art. 421 overbodig zijn en had de wetgever met art. 422 kunnen volstaan. Zijn bedoeling moet dus wel degelijk geweest zijn, om in het algemeen tegen zoogenaamde weddingschappen op het rijzen en dalen van den koers straf te bedreigen.

Een andere meening wordt voorgestaan door Carnot (1). »Ce »serait abuser étrangement de cet article", zegt hij, »que de sup»poser qu'il n'y aurait de paris punissables que ceux que l'on »pourrait faire résulter de la disposition du dit article." Zouden al die andere weddingschappen dan straffeloos zijn? Neen, gaat hij voort, art. 421 is het genus en art. 422 de species. Maar dan kunnen wij juist het tegenovergestelde aanvoeren als zoo even; immers in dit geval is art. 422 overbodig en ligt het reeds in art. 421 opgesloten.

Ik houd dan ook met Wiersma art. 422 voor een uitbreiding. De wetgever vreesde dat, zoo hij al in art. 421 de paris sur la hausse et la baisse des effets publics verbood, men daartoe niet brengen zou een verkoop, die, al week hij ook van de gewone koopovereenkomst af, omdat hij liep over toekomstige zaken, toch was een reeel contract, niet alleen aangelegd op verrekening van het koersverschil. Mr. Wiersma voert zich te gemoet, dat in dit geval de woorden »sera réputé pari »de ce genre," overbodig zijn. De opmerking is juist: doch wij meenen den schrijver gerust te kunnen stellen door op een analogie te wijzen. Ik bedoel art. 390 C. P. Diefstal in

1) Commentaire du Code Pénal, sur l'art. 422.

een bewoond huis draagt, gepaard met andere omstandigheden, bij tot verzwaring der straf. En nu zegt art. 390: »sera réputé »maison habitée tout bâtiment, loge, cabane même mobile qui, »sans être actuellement habité, est destiné à l'habitation." Zie hier dus een soortgelijk geval. De wetgever vreesde te recht, dat men een huis, alleen tot bewoning bestemd doch niet werkelijk bewoond, niet onder een maison habitée zou rangschikken, en breidde daarom de kwalificatie ook daartoe uit.

Onze stelling is dus deze: elke speculatie of weddingschap op het rijzen of dalen van den koers is een délit, maar bovendien fictione juris de overeenkomst van verkoop van effecten, zoo de verkooper niet kan bewijzen, dat deze ten tijde van het sluiten van het contract ter zijner beschikking geweest zijn of ten tijde der levering ter zijner beschikking hebben moeten komen.

En thans ons oordeel over deze bepaling. Het kan niet anders als ongunstig zijn. Waarom alleen straf bedreigd tegen een dergelijke speculatie in staatspapieren? Het antwoord op die vraag zal men ons steeds schuldig blijven. Immers men beroepe zich niet op politieke redenen, op het algemeen belang van den staat; de burgers hebben op gelijke bescherming aanspraak. Is het dan zooveel erger dat het staatscrediet geschokt wordt, dan dat de prijzen van olie, graan of andere meest noodzakelijke levensbehoeften bovenmatig worden opgedreven? Gaat het bovendien aan een weddingschap, die in het civiele recht een obligatio naturalis schept, hier, omdat het juist de koers van staatspapieren en niet de eigenschappen van een paard of de lengte van een weg geldt, als een misdrijf te straffen? Doch vooral wenschen wij afschaffing der strafbepaling op utiliteitsgronden. Gelijk oudtijds de arrêts du conseil, zoo blijkt ook thans de strafwet machteloos te zijn, om het zoogenaamde kwaad uit te roeien. Toepassing van art. 421 en 422 is onmogelijk;

»si les articles 421 et 422 s'exécuteraient", zegt Lagraverend (1) »la bourse de Paris offrirait chaque jour des milliers de délits à »poursuivre." Werd vroeger door de Coulisse ten minste nog heimelijk de wet overtreden, zoo ontziet men zich in onzen tijd niet meer, openlijk op het midden der beurs dergelijke, verboden overeenkomsten aan te gaan. De rechtsovertuiging van het volk ziet in hare toelating geen gevaar, het verkeer houdt ze zelfs voor nuttig. De wet is een doode letter, en vervolgingen op grond van art. 421 en 422 behooren tot de geschiedenis. Mogen de beide artikelen daarom uit onze nieuwe strafwet verdwijnen en de effectenspeculatie vrij worden gemaakt van banden, die wel is waar niet klemmen, doch die door een luim van den rechter nauwer kunnen worden toegehaald. Die zoogenaamde weddingschappen uit te roeien, is noch wenschelijk noch mogelijk, »die Idee", zegt Bender, »sogar eine peinliche Strafe darauf zu »setzen ist fast verrückt zu nennen".

1) Aangehaald bij Nypels, annotations sur la théorie du C. P. p. 516.

BESLUIT.

Onze taak loopt ten einde.

Wij hebben in een inleiding de redenen nagespoord, die voorheen tot het samenvoegen der overeenkomsten in afzonderlijke rubrieken aanleiding gaven en getracht te bewijzen, dat dit voornamelijk te wijten was aan den invloed der woekerleer, die, steunende op godsdienstige begrippen, elke vergoeding voor het gebruik van kapitaal uitsloot. Zoolang dit beginsel het verkeer beheerschte, zoolang geld geen geld kon baren, moest de natuur van iedere overeenkomst op zich zelf aan een streng onderzoek worden onderworpen.

Een nieuwe dageraad brak aan; de staathnishondkunde nam een andere richting, het woekerdogma verloor zijn alles overheerschenden invloed. Met de oorzaak verviel het gevolg; de regel: »pacta esse servanda" werd het uitgangspunt van het moderne contractensysteem, elke overeenkomst, mits zij niet streed tegen de openbare orde of goede zeden, werd geeerbiedigd en erkend. Met ééne uitzondering echter, nog altijd bleef in de wetboeken een titel bestaan, die tot opschrift droeg »van kansovereenkomsten". Van waar dat zonderling verschijnsel? Wat kon den wetgever bewogen hebben om contracten, zoo verschillend in aard, vorm en strekking, onder een gemeenschappelijken naam te vereenigen? Wij waren niet de eersten, die een antwoord zochten op deze vraag, anderen waren ons voorgegaan, velen

hadden beweerd, dat geen enkel eigenaardig kenmerk de kansovereenkomsten van hare zusters onderscheidde. Wij poogden de onjuistheid dezer meening aan te toonen en vonden het onderscheidingsteeken der kanscontracten in den naasten grond, waardoor partijen tot het aanknoopen eener rechtsbetrekking worden bewogen, nl. de onzekerheid. De beweegreden der partijen mocht hemelsbreed verschillen, haar naaste grond was steeds dezelfde. Door dit stelsel aantenemen was elke wetgever veroordeeld, die niet inzag, dat dit kenmerk slechts een wijziging der overeenkomsten is, welke aan elk contract een aleatorisch karakter geven kan. Was dit inderdaad het geval en letten wij tevens op den geringen invloed, die dat juridisch kenmerk uitoefent, zoo moest onwillekeurig het denkbeeld bij ons oprijzen: zou het ons misschien, zoo wij van een economisch standpunt uitgingen, beter gelukken de gedachten op te sporen, die den wetgever bezielden, toen hij spel en weddingschap met verzekering onder éénen naam samenkoppelde? Wij namen den draad weder op, dien wij bij onze inleiding hadden laten vallen. Na het woekerdogma, dat jegens spel en weddingschap niet ongunstig kon gezind zijn, traden andere hinderpalen op voor de ontwikkeling van het verkeer. Geld mocht nu geld baren, omdat miskenning van dit beginsel door den wereldhandel werd bespot, omdat men met verbodsbepalingen den draak stak; doch de leer die zoo lang als alleenheerscheres had getroond, bedong een eervollen aftocht. Zij wilde redden wat te redden was; zij moest bezwijken voor inderdaad bestaande behoeften, maar zij behield het terrein, daar waar zuiver winstbejag op den voorgrond, bescherming van rechtmatige belangen op den achtergrond trad. Gelijk vroeger de vrees voor woeker, zoo drong thans die voor spel door in alle de poriën van het contractensysteem. Bij elke overeenkomst werd op nieuw een angstvallig onderzoek naar hare natuur,

en haren inhoud noodzakelijk, de meeste doorstonden den vuurproef en werden als nuttig en onschadelijk erkend. Niet alle echter; er waren die het brandmerk der onzedelijkheid op het voorhoofd schenen te dragen, zonder dat zij haar bestaan konden rechtvaardigen, op dien grond dat het verkeer hare toelating gebiedend vorderde. Zij werden onvoorwaardelijk uitgesloten; de taak van het dogma was hier een gemakkelijke, een zwaardere was voor haar weggelegd. Eenige schijnbaar onschuldige contracten, die nauwelijks aan de waakzaamheid van het oude usurarium waren ontsnapt, hadden in het verkeer een stelling veroverd, waaruit zij niet meer konden worden verdreven. Werkelijk voldeden zij binnen eenige perken aan een maatschappelijke behoefte, doch één schrede verder, en hunne gevaarlijke strekking kwam aan het licht; onder den schijn van het verkeer te dienen, dienden zij de speelwoede der menigte. Daarom moest de grens nauw getrokken worden, daarom waren voorbehoedmiddelen noodzakelijk, en dubbele waakzaamheid plicht. Uitsluiting nu der eene, beperking der tweede soort was het wachtwoord van een leer, op de puinhoopen van het woekerdogma opgebouwd. Wat wonder derhalve dat zij, om des te beter het geheel te kunnen omvatten, onder ééne rubriek overeenkomsten samenvoegde, waarvan sommige, zooals spel en weddingschap, nutteloos en schadelijk *waren*, andere zooals verzekering, bodemerij en lijfrente nutteloos en schadelijk *konden* worden?

Oefent nu, vroegen wij ons zelf af, dat economisch kenmerk der kanscontracten werkelijk een zoo overwegenden, het juridische daarentegen een zoo onbeduidenden invloed uit? Aan de beantwoording dezer vraag wijdden wij ons tweede hoofdstuk. Het kon onze aandacht niet ontsnappen, dat de volledigheid eischte, ook andere door den wetgever niet uitdrukkelijk genoemde overeenkomsten, die toch hetzelfde karakter dragen, te behandelen.

Wij kozen als uitgangspunt onzer beschouwingen spel en weddingschap; zij immers moesten ons den sleutel geven tot het stelsel der moderne wetboeken. Door alle tijden heen en bij alle natien, betoogden wij, deinsde men voor de erkenning dezer contracten terug, en de beginselen onzer negentiende eeuw zijn slechts de weerklank van een bij naam onbekend Sctm. in den klassieken romeinschen tijd. Aan beiden wordt het dwangmiddel ontzegd. De houding der wetgevers is niet een passieve, een onverschillige, maar veeleer een actieve, krachtige werkzaamheid; zij wijken uitdrukkelijk van den regel pacta esse servanda af, tenzij uitspanning van den geest of oefening der physieke krachten de gevaarlijke strekking op den achtergrond schuift en de nuttige zijde op den voorgrond treedt. Spel en weddingschap, tusschen welke slechts in zooverre overeenstemming bestaat, dat zij beiden winstbejag kunnen beoogen, maar die nauwkeurig van elkander moeten en kunnen worden onderscheiden, worden nagenoeg van alle rechtsgevolgen verstoken. Met welken uitslag? De maatschappij neemt de taak over, die de wetgever weigert te aanvaarden, zij is rechter tusschen den speler en zijne wederpartij. Een actie kan zij den winner niet geven, doch veel meer dan die actie zou hebben vermocht, vermag hare verachting. Zoo wordt de bedoeling van den wetgever verijdeld en zijn prestige vermindert, naarmate zijn onmacht meer aan het licht komt. Trouwens, hoe kan het anders? Het is nu eenmaal zijn taak niet, tusschen beide te treden, waar de vrije wil der partijen ieders verplichtingen nauwkeurig heeft omschreven; op hare verbintenis inbreuk te maken, staat gelijk met een premie te geven aan de kwade trouw. Daarom wijke hij van dit stelsel af, daarom wake hij slechts tegen bedrog of dwang en ga repressief, niet preventief te werk.

Hetzelfde zoo even ontwikkelde stelsel omhelst de wetgever

ten aanzien der loterij en daarmede gelijk staande overeenkomsten; zijn beperkingen zijn echter hier niet alleen onmachtig, maar ook verwerpelijk. Immers hij verkondigt de onzedelijke stelling, dat de staat als geldelijk belanghebbende mag uitlokken tot een overeenkomst, die door de wet, zijn orgaan, onder de ongeoorloofde wordt gerangschikt.

Een ander karakter, zoo gingen wij voort, dragen de beursspeculatien, omdat zij hebben een onmiskenbaar nuttige zijde en dus tot de tweede soort van kansovereenkomsten behooren. De wetgeving hield zich wel is waar weinig met haar bezig, zij zijn nog het domein der rechtswetenschap, doch doordrongen van den geest die de wetboeken beheerscht, heeft ook deze getracht haar te te beperken en onder den naam van spel te doen doorgaan. Te vergeefs; ook zij verbraken de boeien, waaraan men haar wilde kluisteren, ook zij hebben in onzen tijd een hoogen trap van bloei bereikt en bevorderen het tot stand komen van menige nuttige onderneming.

Ook tegen de lijfrente bracht men menige bedenking in, vooral omdat zij rechtstreeks tegen het woekerdogma scheen in te druisen. Men noemde haar het uitvloeisel van een verachtelijk egoïsme, van zuiver winstbejag en laakte den wetgever die haar erkende. Toch werd hij daartoe ondanks zich zelf gedrongen. Immers de overeenkomst beschermt een rechtmatig belang en bevredigt een maatschappelijke behoefte, niet minder dan de emtio spei of de emtio rei speratae.

Trouwens, zijn invloed was te gering dan dat van dien kant werkelijk gevaar kon dreigen; een ruimer veld lag ter bearbeiding open voor het dogma, dat aan spel en weddingschap den ondergang had gezworen. Langzamerhand was een contract binnengedrongen dat tot gegronde vrees aanleiding gaf, namelijk de verzekering. Reeds de woekerleer had zich onmachtig gevoeld,

haar buiten de grenzen te dringen en haar als contractus licitus moeten erkennen. De handel begroette haar met gejuich; zij maakte het onzekere zeker, zij beveiligde den handelaar tegen verlies van zijn vermogen door ongevallen van allerlei aard, zij stelde hem schadeloos voor zee- en andere gevaren. Maar tegen verdere ontwikkeling en uitbreiding kwam men in verzet; zij moest zijn en blijven een indemniteitscontract, de verzekerde mocht niet door haar winnen, alleen het damnum emergens, niet het lucrum cessans mocht worden vergoed. Daarom moest de verzekerde hebben een op geld waardeerbaar belang bij datgene wat hij verzekerde, was hij reeds op eenige andere wijze gedekt, zoo was de overeenkomst een spel, een ontaarding der oorspronkelijke gedaante, een schadelijke uitwas zonder nut voor het verkeer en ten koste der zedelijkheid. Van daar weder een aantal beperkingen; van daar het verbod der dubbele verzekering, der overzekering, en der verzekering van toekomstige belangen; van daar de inbreuk die, door het recht van reductie eener door beide partijen goedgekeurde taxatie in de polis, tegen alle beginselen van trouw en billijkheid wordt gemaakt, van daar eindelijk de lange aarzeling om de levensverzekering te erkennen. De praktische gevolgen van dit beperkend stelsel, dat steunt op de verwarring van de taak van den burgerlijken en van den strafrechter, zijn weder weinig bevredigend, men renuntieert aan alle belemmerende bepalingen als lieden van eer en handelt met den rechter, als met de wet beiden nam. laat men ongebruikt.

En deze is tevens de geschiedenis van het bodemerijcontract, met dit enkele onderscheid, dat het zijn belangrijkheid verloor voor den tijd, waarop betere en gezondere begrippen omtrent de behoeften van den handel, partijen leerden een wet te vormen naar hunne inzichten en willekeur.

Zoo dus het economisch kenmerk der kansovereenkomsten, en de vrees voor spel en weddingschap of liever de vrees voor ontaarding in spel en weddingschap, overal een gelijksoortigen, merkbaren invloed uitoefent, geenszins is dit met het juridisch kenmerk het geval. Integendeel, zijne werking is slechts zeer gering en bepaalt zich tot eenige weinige regelen, die wij hier en daar verspreid vinden en die nagenoeg alle evenzeer hadden gegolden, al stonden zij niet in het wetboek vermeld.

Wij wendden ons ten slotte tot het strafrecht, en billijkten het, dat de wetgever tegen hen, die aan kwade hartstochten gelegenheid gaven zich te ontwikkelen, straf heeft bedreigd; wij vereenigden ons echter niet met zijne bepaling omtrent agiotage en spraken ten slotte een afkeurend oordeel uit over de artikelen, die de beursspeculatien tot onderwerp hebben.

Vatten wij alles in eenige stellingen samen, zoo verkrijgen wij het volgende resultaat:

De kansovereenkomsten onderscheiden zich door een juridisch kenmerk, dat echter aan elk contract een aleatorisch karakter geven kan. Daardoor wordt dus het stelsel des wetgevers, die haar onder éénen gemeenschappelijken naam samenvoegt, niet gerechtvaardigd.

Van een economisch standpunt bieden ons de kanscontracten een merkwaardig punt van overeenkomst aan. Alle toch werden, na eerst gebukt te zijn gegaan onder den druk der woekerleer, later belemmerd in hunne ontwikkeling door de vrees voor ontaarding in spel en weddingschap.

Die vrees is ijdel. Doch zelfs indien dit niet het geval ware, dan nog zou het niet de taak van den burgerlijken rechter wezen, om door preventieve middelen misbruiken te voorkomen. Waar gezondigd wordt tegen de maatschappelijke orde, trede de strafwet op.

Door dit te miskennen, bedreef de wetgever een dubbel kwaad. Ten eerste belemmerde hij het verkeer en bovendien liet hij zijn prestige een gevoeligen slag toebrengen, omdat hij noopte, zijne voorschriften te ontduiken.

Zie hier de kwaal. Welke zijn hare oorzaken? Wat moet het geneesmiddel zijn?

Welke zijn hare oorzaken?

Op een van deze hebben wij meer dan eens gewezen. De burgerlijke wetgever ging de grenzen zijner taak te buiten; in stede van zich te bepalen tot de vraag: is deze of gene overeenkomst in strijd met de openbare orde of goede zeden, spoorde hij al hare mogelijke gevolgen na, ten einde paal en perk te stellen aan mogelijke misbruiken. Hij deed te veel, »la loi gouverne mal »parce qu'elle gouverne trop."

Doch hierbij komt als tweede oorzaak het gemis eener eigenlijke nationale wetgeving. Onze wetboeken zijn verouderd; de staathuishoudkunde van onzen tijd heeft gebroken met al die begrippen van onzedelijkheid van den woeker en de inproductiviteit van het kapitaal, doch cessante causa non cessavit effectus. De oudere leer is in de wetboeken gehuldigd, al behoort zij in de practijk tot de geschiedenis. Zoo ergens, dan is dit bij de verzekering het geval; zij immers wordt door tweederlei recht beheerscht; het jus scriptum voldoet niet meer aan de behoeften, het jus non scriptum neemt de ledige plaats in. Als trouwe volgelingen van een Straccha en Santerna, wier beginselen schijnbaar bestand waren tegen de aanvallen van den ontluikenden wereldhandel, heeft eerst het fransche en vervolgens het nederlandsche recht hunne voetsporen gedrukt, hunne beginselen als de zijne erkend. Wet en recht slepen zich voort als een eeuwige ziekte.

Wat moet het geneesmiddel zijn?

In het burgerlijke recht zal men, wat de kansovereenkomsten betreft, met betrekkelijk geringe veranderingen kunnen volstaan. De afzonderlijke titel, »van kansovereenkomsten", verdwijne uit de wetboeken, men erkenne spel en weddingschap als volkomen rechtsgeldige contracten, of liever men ga ze met stilzwijgen voorbij, opdat zij aldus vallen onder den ook in ons recht gehuldigden regel »pacta esse servanda".

Zal de taak in het handelsrecht even gemakkelijk zijn?

Ik geloof het niet. De leer van het belang zal geheel uit het verzekeringsrecht moeten worden verwijderd, met al hare gevolgen en accessoria; de wil der partijen, mits niet te voorschijn gebracht door bedrog of dwang, zal door den wetgever volkomen moeten worden erkend en gehandhaafd. Ook het bodemerijcontract worde op die wijze in overeenstemming gebracht met de behoeften eener onbelemmerde zeevaart. In één woord, men codificeere het gewoonterecht.

Doch ook hier geene overijlde stappen. De handel heeft zich nu eenmaal losgemaakt van de wet, en het polissenrecht heeft de ziekte gedeeltelijk genezen; toch dagteekent dit eerst van den laatsten tijd. De uitvindingen onzer eeuw gaven aanleiding tot een tal van nieuwe handelsusantiën, die zich nog dagelijks uitbreiden, het praktische verzekeringsrecht vormt nog geen afgesloten geheel. Daarom overhaaste men zich niet, men geve den handel tijd en gelegenheid, om zich nog duidelijker uit te spreken en store het gewoonterecht niet in zijn vrijen loop en ontwikkeling. Zoo zal men langzamerhand aan de ervaring van het praktische leven een aantal gegevens ontleenen, nuttig en noodig om een wetboek samen te stellen, dat niet de vrucht zal zijn van dogmatische bespiegelingen of abstrakte juridische theoriën, maar veeleer van een juist inzicht in de behoeften van onzen

tijd. En dan eerst zal de handelsw e t handelsr e c h t geworden zijn, wanneer de wetgever bij zijn codificatie den regel zal hebben gehuldigd, dien hij nooit straffeloos veronachtzaamt:

Die Wirkung im Leben ist des Gesetzes Probestein!

Digitized by Google

STELLINGEN.

I.

Bij alle door de wet genoemde kansovereenkomsten, is winst en verlies voor ieder der partijen afhankelijk van een onzekere gebeurtenis.

Art. 1104 C. c. verdient daarom de voorkeur boven art. 1964 C. c. (Proefschrift, p. 14 env.)

II.

De kansovereenkomsten zijn door den franschen (art. 1104 en 1964 C. c.), nederlandschen (art. 1811 B. W.), pruisischen (D. I T. 11 Afd. 6, § 527 Pr. Lr.), oostenrijkschen wetgever (§ 1267) en door het O. 1820 (art. 2330) slecht gedefinieerd. (p. 19 env.)

III.

Vele duitsche schrijvers spreken te recht van de alea als van eene »Modification des Inhaltes anderer gewöhnlicher Verträge." De wijze van behandeling in het O. 1820 verdient daarom lof. (p. 30 env.)

Digitized by Google

IV.

Het stelsel der wetgeving, om van kansovereenkomsten een afzonderlijke soort contracten te maken, kan van een juridisch standpunt niet worden verdedigd. (p. 33 env.)

V.

De wetgevers voegden eenige contracten onder den gemeenschappelijken naam van kansovereenkomsten samen, omdat zij òf spel en weddingschap waren òf, naar hun wijze van zien, daarin gemakkelijk konden ontaarden. (p. 35 env.)

VI.

Ten onrechte bestrijdt Endemann de aleatorische natuur der verzekering. (p. 39 env.)

VII.

De verdeeling van kansovereenkomsten in twee soorten, door Windscheid en Bluntschli verdedigd, is juist. (p. 49 env.)

VIII.

Geld tot spelen geleend kan, volgens het romeinsche recht, niet worden teruggevorderd. (p. 54 env.)

IX.

De weddingschap, behalve die ter gelegenheid van ongeoorloofd spel, was bij de Romeinen een volkomen rechtsgeldig contract. (p. 55 env.)

X.

Het kenmerkend onderscheid tusschen spel en weddingschap is:

1°. dat een handeling der partijen bij het spel essentiale, bij de weddingschap accidentale is.

2°. dat de voorafgaande strijd van beweringen, bij weddingschap essentiale, bij spel niet kan voorkomen. (p. 57 env.)

XI.

De weddingschap kan nooit in een spel overgaan. (p. 65 env.)

XII.

Ten onrechte vereenigt v. d. Pfordten spel en weddingschap onder den naam van contracten, »welche in der Eingehung »zweiseitig, in der Erfüllung aber einseitig sind." (p. 74 env).

XIII.

De definitie door Diephuis van spel gegeven, verdient afkeuring. (p. 89 env.)

XIV.

Ten onrechte beweert Gans, dat de wetgever, door aan de overeenkomst van spel de actie te ontzeggen, een onverschilligheidspolitiek volgt. (p. 91 env.)

XV.

De wetgeving heeft het spel beperkt, niet omdat het uit zijn aard onzedelijk is, maar omdat het tot misbruiken kan aanleiding geven. (p. 92 env.)

XVI.

De actie wegens een overeenkomst van weddingschap zal volgens ons B. W. ook dan aan den winner moeten worden toegekend, als de inzet aan een derde is in bewaring gegeven. (p. 98).

XVII.

Uit spel en weddingschap ontstaat een obligatio naturalis. (p. 100 env.)

XVIII.

Een natuurlijke verbintenis is niet voor schuldvernieuwing vatbaar. (p. 105 env.)

XIX.

De bepaling van § 581 Pr. Lr.: »Gelder die ausdrücklich »zum Spielen oder Wetten oder zur Zahlung des dabei gemachten »Verlustes bezahlt und geliehen worden, können nicht gericht»lich eingeklagt werden," verdient, ook van het standpunt des wetgevers die het spel beperkt, afkeuring. (p. 106 env.)

XX.

Ten onrechte beweren sommigen, dat de middeleeuwsche verdeeling van Glückspiele, Kunstspiele en gemischte Spiele in art. 1966 C. c. is toegepast. (p. 109 env.)

XXI.

Art. 1966 C. c. verdient de voorkeur boven art. 1826 B. W. (p. 111 env.)

XXII.

Bijzondere bepalingen omtrent spel en weddingschap moeten uit de wetboeken worden verwijderd. (p. 113 env.)

XXIII.

De overeenkomst van koersverschil is noch spel noch weddingschap, maar een contractus sui generis, waarvan de erkenning wenschelijk is. (p. 128 env.)

XXIV.

Het premiecontract is noch spel, noch weddingschap, maar een rechtsgeldige overeenkomst van koop en verkoop. (p. 134 env.)

XXV.

De overeenkomst van loterij is noch een spel noch een voorwaardelijke koop, maar een emtio spei (p. 139. env.)

XXVI.

Door het exploiteeren eener staatsloterij pleegt de staat een onzedelijke handeling en bevoordeelt zich bovendien weinig of niet. (p. 146 env.)

XXVII.

De overeenkomst van lijfrente beschermt een rechtmatig, geoorloofd en zedelijk belang. (p. 156 env.)

XXVIII.

Ten onrechte rangschikt Malss de overeenkomst van lijfrente onder de levensverzekering. (p. 161 env.)

XXIX.

Het verschillend stelsel van art. 1816 B. W. en 365 W. v. K. is gegrond op de overweging, dat de verzekerde indemniteit en de kooper eener lijfrente speculatie beoogt. (p. 164 env.)

XXX.

Art. 1975 C. c. verdient afkeuring. (p. 166.)

XXXI.

De bepaling van art. 1819 B. W. is het gevolg van de aleatorische natuur der lijfrente. (p. 166 env.)

XXXII.

De overeenkomst van verzekering is een zoodanige, waarbij iemand, tegen vergoeding eener premie, op zich neemt het gevaar eener volstrekt of betrekkelijk onzekere gebeurtenis, waaraan een op geld waardeerbaar belang van een ander is blootgesteld. (p. 185.)

XXXIII.

Art. 284 W. v. K. is ook op levensverzekering toepasselijk. (p. 204.)

XXXIV.

Art. 289 W. v. K. verdient afkeuring. (p. 204 env.)

XXXV.

De niet toepasselijkheid van art. 269 W. v. K. op levensverzekering (vgl. 305), kan niet voldoende worden gerechtvaardigd. (p. 207 env.)

XXXVI.

Verzekering van vracht en verwacht wordende winst, is door het fransche en spaansche wetboek ten onrechte uitgesloten. (p. 219 env.)

XXXVII.

»Versicherungen auf das Bestehen, Steigen und Fallen der »Waarenpreisen," zijn ook in ons recht geoorloofd. (p. 223 env.)

XXXVIII.

Het door onze wet gehuldigde stelsel van waardeering van vracht en verwacht wordende winst, verdient in hooge mate afkeuring. (p. 227 env.)

XXXIX.

Het bovenmatige voorrecht den verzekeraar in art. 274 W. v. K. (§ 2170 Pr. Lr., art. 797 A. D. H.) toegekend, is onbillijk en onpraktisch. (p. 232 env.)

XL.

De woorden van art. 302 W. v. K.: »gedurende den tijd bij de overeenkomst te bepalen", drukken een valsch begrip uit. (p. 245)

XLI.

Het is ongerijmd, als essentiale der levensverzekering een verzekerbaar belang te vorderen, nu men het waardeeren daarvan aan partijen overlaat. (p. 247 env.)

XLII.

Art. 305 W. v. K. is ook dan van toepassing, als het geldelijk belang werkelijk te waardeeren is. (p. 248 env.)

XLIII.

Wenschelijk is in jure constituendo:

Afschaffing van de indemniteitstheorie en alle bepalingen die daarvan het uitvloeisel zijn, en als gevolg daarvan:

1°. Het prijs geven van den eisch, dat er zij een verzekerbaar belang.

2°. Verlof tot het aangaan van dubbele en oververzekering.

3°. Onvoorwaardelijke erkenning der taxatie in de polis. (p. 253 env).

XLIV.

De omschrijving van bodemerij in ons W. v. K. verdient de voorkeur boven die van art. 680 A. D. H. (p. 266).

XLV.

Hct stelsel door onzen wetgever omtrent de bodemerij van vracht en verwacht wordende winst aangenomen, is ongerijmd. (p. 271 env.)

XLVI.

Te recht is tegen de houders van speelhuizen straf bedreigd. (p. 280 env.)

XLVII.

Het opleggen van straf aan hem die »aus dem Glückspiele »ein Gewerbe macht," (§ 266 Pr. Lr.) verdient afkeuring. (p. 281)

XLVIII.

Art. 422 C. P. is een uitbreiding van art. 421 C. P. (p. 287 env.)

XLIX.

Art. 419, 421 en 422 C. P. moeten uit de strafwet verdwijnen. (p. 283 env.)

L.

De schuldeischers van den erflater die de separatio bonorum hebben gevraagd, kunnen volgens het romeinsche recht later niet meer tegen den erfgenaam ageeren, voor zooverre zij niet geheel zijn voldaan.

LI.

Juist is de beslissing van Papinianus, dat, zoo in een alternatieve verbintenis waarbij de keus is aan den debiteur, deze per errorem beiden zaken heeft betaald, hij terug mag vorderen welke zaak hij verkiest.

LII.

Tot verklaring van L. 41 § 1 D. de obligationibus et actionibus (44. 7) is geen tekstverandering noodig.

LIII.

Echtscheiding met wederzijdsche toestemming moest ook in ons recht zijn toegelaten.

LIV.

Wenschelijk ware het, zoo den kantonrechter de bevoegdheid werd toegekend, een hypotheek op de goederen van den voogd na een bepaalden tijd ambtshalve te doen inschrijven.

LV.

Het recht van hypotheek is roerend.

LVI.

Hypotheek gaat niet te niet door verjaring.

LVII.

Een lijk kan voorwerp van eigendom zijn.

LVIII.

Het tiendrecht is een jus in re immobili.

LIX.

Ten onrechte zijn allen, die tot een lijf of onteerende straf zijn veroordeeld, als getuigen bij het maken van een testament uitgesloten.

LX.

Door het verloopen van een bepaalden termijn is de debiteur niet in gebreke, dan krachtens een beding.

LXI.

De definitie eener overeenkomst in art. 1349 B. W. is onjuist.

LXII.

Ten onrechte spreekt onze wetgever van een geoorloofde oorzaak, als eisch tot de bestaanbaarheid eener overeenkomst.

LXIII.

De woorden »van rechtswege" in art. 1462 B. W. beteekenen niet, dat het middel van compensatie niet bij wijze van exceptie door partijen behoort te worden ingeroepen.

LXIV.

Het romeinsche beginsel omtrent den verkoop eener res aliena, verdient de voorkeur boven dat van art. 1507 B. W.

LXV.

De rescission pour cause de lésion in het fransche recht is een overblijfsel van het oude usurarium.

LXVI.

Art. 1581 B. W. berust op een bij ons weggevallen onderscheiding tusschen contractus nominati en innominati en verdient van een economisch standpunt afkeuring.

LXVII.

Overbodig zijn in art. 1920 B. W. de woorden: »die altijd in deszelfs bezit is gebleven".

LXVIII.

Bezit beteekent in art. 2014 B. W. bezit animo domini.

LXIX.

De actie tot ontbinding van een koopovereenkomst behoort in elk geval tot de competentie van de rechtbank.

LXX.

Het decreet van Minghetti van 1869 betreffende de regeling der naamlooze vennootschappen verdient navolging, wat betreft:

1°. de vermindering van den te grooten invloed op haar bestuur en regeling door den staat uitgeoefend, gepaard aan voldoende waarborgen voor de actionarissen en andere belanghebbenden.

2°. de overdracht van een gedeelte van dien invloed op de kamers van koophandel.

LXXI.

Afschaffing van bijzondere bepalingen omtrent verzachtende omstandigheden is wenschelijk, mits men den rechter in de toepassing der straf niet aan een wisselend minimum binde.

LXXII.

Het determinisme sluit de toerekenbaarheid uit.

LXXIII.

De tijd van verjaring moest, ook in geval van vervolging, aanvangen van het oogenblik dat het misdrijf bedreven is.

LXXIV.

De lage stand der werkloonen is het gevolg van de aanzienlijke kapitaalsvernietiging in de negentiende eeuw.

LXXV.

Invoering der Incometax is wenschelijk, mits zij steune op eigen aangifte met staatstoezicht.

LXXVI.

Een kiesvereeniging die de beginselen harer kandidaten aan haar programma toetst, geeft geen mandat impératif.

LXXVII.

Uitbreiding van het kiesrecht is dan alleen wenschelijk, wanneer men daaraan verbindt vertegenwoordiging der zoogenaamde capaciteiten.

LXXVIII.

Onwaar zijn de woorden van den heer van Foreest:" De con»servatieven zijn voorstanders van de getemperde monarchie, »en niet, zooals de liberalen, van die vermomde volkssouverei»niteit, die zich plooit en schikt naar de monarchale vormen,

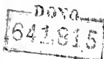
»die ja, een koning duldt, maar onder voorwaarde dat de wil »van de meerderheid feitelijk de hoogste magt in den Staat zij »en de koning zich de rol òf van haar werktuig, òf van een »Roi fainéant getrooste." Bijblad van de Nederlandsche Staatscourant, zitting 26 November 1864.

LXXIX.

Het studeeren van vrouwen in de medicijnen, moet niet, door het verleenen van dispensatie van een of ander academisch examen, aangemoedigd worden.

LXXX.

Zonder redelijken grond hebben zich de sympathien van velen, die in het begin van den oorlog gunstig jegens Duitschland gezind waren, na den slag van Sedan naar Frankrijk gekeerd.


DONO
641.915

ERRATUM.

Op bldz. 2 noot 4 regel 1. staat:

Corpus juris canonicum XIX 10

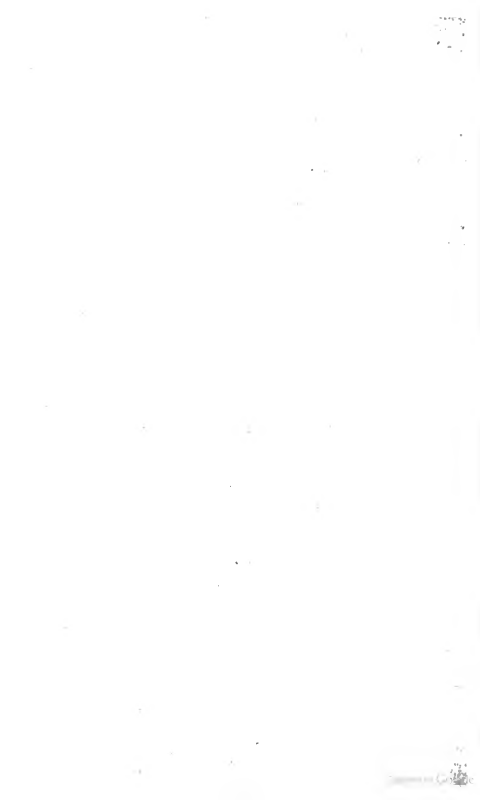
lees: XIX x.



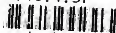


Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google




B. 16. 1. 37
B.N.C.F.

Digitized by Google

